

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Informe Jurídico del Expediente N° 66-2012-STC-OSINERGMIN

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autora

Alpaca Barrera, Greisi Piared del Rosario

Revisor

Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos

Lima, 2021

RESUMEN

En los años 90 el Perú experimentó una de las más grandes reformas en el sector eléctrico, pasando de un mercado bajo características de un “monopolio estatal verticalmente integrado” a uno de “competencia mayorista”, debido a que el anterior modelo poseía numerosas deficiencias se vio por necesario abrir camino a uno que fomente la inversión privada y que pueda alinear los intereses privados con los estatales mediante la regulación. Es así que nace el COES como una entidad operadora del sistema encargada principalmente de ordenar el despacho diario de energía al mínimo costo entre las generadoras y, posteriormente, determinar y valorizar las inyecciones de potencia y energía activa realizada al sistema.

De esta manera, en el presente informe analizaremos el Expediente N° 66-2012-STC-OSINERGMIN la cual aborda una problemática surgida en el ámbito de ejercicio de funciones del COES como operador del sistema y OSINERGMIN como Organismo Regulador del sector eléctrico. Por lo cual, recurrimos al análisis tanto de la normativa aplicable durante los hechos acontecidos como de doctrina autorizada a efectos de tener un panorama completo del caso y poder concluir que las valoraciones emitidas por el COES son actos administrativos vinculantes a CASAPALCA y que el mecanismo para hacer efectivo el derecho de crédito creado a favor de ELECTROPERÚ no es la vía de solución de controversias ejercida por OSINERGMIN.

Palabras clave:

Sector eléctrico, COES, Función de Solución de Controversias, Transferencias de potencia y energía, Determinación y valorización.

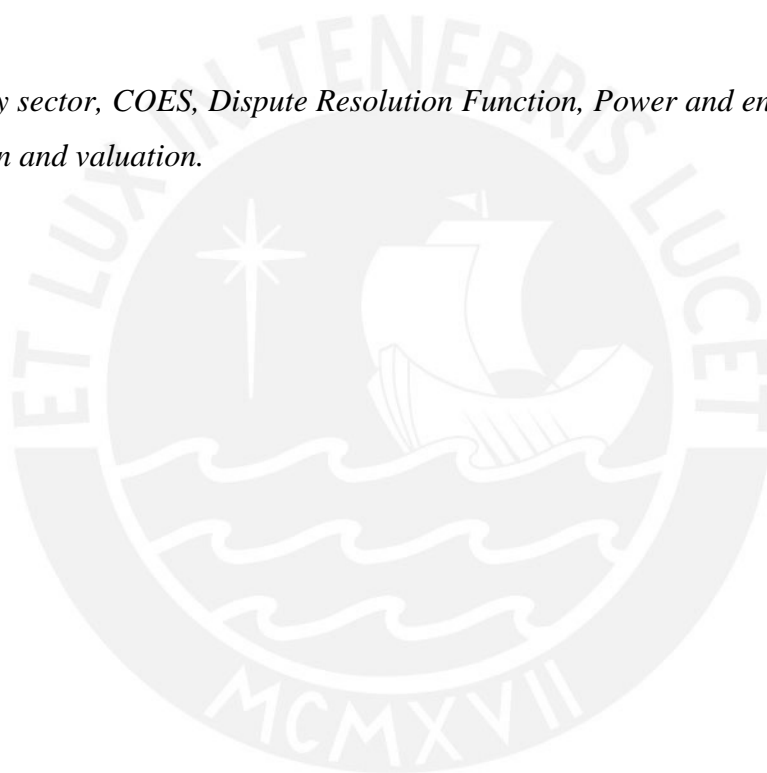
ABSTRACT

In the 90s, Peru underwent one of the largest reforms in the electricity sector, moving from a market with the characteristics of a "vertically integrated state monopoly" to one of "wholesale competition" because the previous model had numerous deficiencies. It was necessary to open the way to one that encourages private investment and can align private and state interests through regulation. Thus, the COES was born as an operating entity of the system in charge of ordering the daily dispatch of energy at minimum cost among the generators and, later, determining and valuing the injections of power and active energy made to the system.

In this way, in this report, we will analyze Resolution No. 66-2012-STC-OSINERGMIN which addresses a problem that arose in the field of exercise of functions of the COES as system operator and OSINERGMIN as Regulatory Body of the electricity sector. Therefore, we resort to the analysis of both the applicable regulations during the events that occurred and the authorized doctrine to have a complete overview of the case and to be able to conclude that the assessments issued by the COES are administrative acts binding on CASAPALCA and that the mechanism for making the credit right created in favor of ELECTROPERU effective is not the means of dispute resolution exercised by OSINERGMIN.

Keywords:

The electricity sector, COES, Dispute Resolution Function, Power and energy transfers, Determination and valuation.



ÍNDICE ANALÍTICO

1. INTRODUCCIÓN	1
2. RELACIÓN DE HECHOS RELEVANTES.....	2
2.1. ANTECEDENTES:	2
2.1.1. SOBRE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO ELÉCTRICO DURANTE EL PERIODO DE MAYO DE 2006 A FEBRERO DE 2009.....	2
2.1.2. OTROS ANTECEDENTES RELEVANTES:	7
2.2. RECURSO DE RECLAMACIÓN INTERPUESTO POR ELECTROPERÚ Y CONTESTACIÓN DE PRESENTADA POR CASAPALCA.....	11
2.3. RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO AD-HOC EN PRIMERA INSTANCIA.....	12
2.4. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN SEGUNDA INSTANCIA	16
3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	19
4. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS DEL EXPEDIENTE N° 66-STC-2012-OSINERGMIN.....	20
4.1. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS PRINCIPALES:.....	20
4.1.1. ¿ESTÁ OBLIGADO CASAPALCA A RECONOCER EL PAGO RECLAMADO POR ELECTROPERÚ EN BASE A LAS VALORIZACIONES MENSUALES EFECTUADAS POR EL COES, CORRESPONDIENTES AL PERIODO DE MAYO DE 2006 A FEBRERO DE 2009, POR EL MONTO DE S/. 4'571 269.50 SIN IGV (S/. 5' 439, 842.84 INCLUYENDO IGV)?	20
4.1.2. ¿EL CUERPO COLEGIADO AD-HOC ERA COMPETENTE PARA RESOLVER EL CASO?	43
4.2. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS ACCESORIOS:	63
4.2.1. ¿AL DECLARARSE RESUELTO EL CONTRATO DE SUMINISTRO CON ENERSUR DEBE ENTENDERSE TALES RETIROS EN EL MARCO DEL CONTRATO SUSCRITO CON ELECTROPERÚ?.....	63
4.2.2. ¿ESTAMOS FRENTE A UN CASO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEBIENDO APLICARSE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE DOS AÑOS?	70
5. CONCLUSIONES	74
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	77

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre el expediente N° 066-2012-STC-OSINERGMIN, el cual se refiere a los retiros de potencia y energía de la Compañía Minera CASAPALCA sin respaldo contractual, ya que debido a la resolución del Contrato de suministro a Precio Libre que tenía con ENERSUR los retiros efectuados durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 no podían ser liquidados de manera ordinaria entre generadores, ocasionando que el COES valorará tales retiros directamente estableciendo una obligación de pago entre la Compañía Minera y los generadores llamados a despachar. De esta manera, ELECTROPERÚ pretende hacer el cobro de S/. 4'571 269.50 sin IGV (S/. 5' 439, 842.84 incluyendo IGV) bajo concepto de las valorizaciones de potencia y energía emitidas por el COES durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 vía recurso de reclamación bajo la función de solución de controversia de OSINERGMIN.

En consecuencia, el presente informe aborda un extenso análisis sobre las problemáticas identificadas durante el desarrollo del expediente. De tal manera, analizaremos en primer lugar las valorizaciones efectuadas por el COES comprendiendo su obligatoriedad y vinculatoriedad hacia los Agentes integrantes del SEIN. En segundo lugar, comprobaremos si OSINERGMIN, a través el Cuerpo Colegiado Ad Hoc, es competente para poder hacer efectivo el cobro solicitado por ELECTROPERÚ mediante la vía de la función de solución de controversias del Organismo Regulador. Finalmente, trataremos los problemas accesorios surgidos en relación al caso tales como si los retiros deberán ser interpretados conforme al Contrato de Suministro a Precio libre que tenía la Compañía Minera con CASAPALCA y, por otro lado, si la pretensión solicitada por ELECTROPERÚ ya habría prescrito no pudiendo hacer efectivo su derecho de crédito.

Es así que, mediante la presente investigación nos podremos acercar al régimen de derecho administrativo establecido para regular las relaciones entre los diferentes actores del mercado eléctrico, los cuales interactúan de manera diaria con la finalidad de transferir energía activa y potencia, abastecerse y -en el caso del COES- administrar dicho sistema. Por lo cual, tales interacciones -claramente necesarias para el funcionamiento del sistema- generan en determinadas oportunidades dudas sobre los límites de aplicación tanto de la normativa como de los mecanismos de tutela, cuestión que abordaremos a continuación.

2. RELACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes:

El presente caso versa sobre una controversia entre dos actores principales y uno secundario, los cuales procederemos a describir brevemente para brindar un mayor contexto al análisis. Por un lado, tenemos a la Compañía Minera Casapalca S.A (en adelante, “CASAPALCA” o “Compañía Minera”), ahora llamada Alpayana, que es una empresa minera productora de zinc, plomo, cobre y plata, cuyas operaciones están localizadas en la provincia de Huarochirí. Por otro lado, la Empresa Electricidad del Perú - ELECTROPERÚ S.A (en adelante, “ELECTROPERÚ”) la cual es una empresa estatal de derecho privado dedicada a actividades de generación, transmisión por el sistema secundario de su propiedad y comercialización de energía eléctrica. Finalmente, como actor secundario tenemos a EnerSur S.A (en adelante, ENERSUR), ahora denominada Energía Perú o Engie Perú, que es una compañía de generación eléctrica.

De un lado se agrupa ELECTROPERÚ y ENERSUR como empresas de generación de energía eléctrica mientras que CASAPALCA cumple el rol de consumidor de energía eléctrica para el desarrollo de sus actividades, la cual a propósito de obtener suministro eléctrico suscribió contrato con ENERSUR y, posteriormente, con ELECTROPERÚ. El caso en cuestión versa únicamente sobre la controversia surgida entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ, pero consideramos relevante conocer ciertos aspectos de la relación contractual con ENERSUR a efectos de entender sus consecuencias en el caso.

2.1.1. Sobre los contratos de Suministro Eléctrico durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009

El 16 de septiembre de 2003, CASAPALCA y ENERSUR suscribieron Contrato de Suministro de Electricidad en el cual ENERSUR se compromete a suministrar hasta 4.5 MW de potencia hasta el 28 de febrero de 2009. A la par de dicho contrato, el 08 de mayo de 2006, CASAPALCA celebra Contrato de Suministro de Electricidad con ELECTROPERÚ en el cual la generadora se compromete a suministrarle energía y potencia en tanto exceda los 4.5 MW de potencia contratada con ENERSUR, teniendo como fecha de vigencia la fecha de suscripción y finalizando el 28 de febrero de 2012, sin perjuicio de ello se establece que el suministro de electricidad objeto iniciará el 01 de mayo de 2006. Es así como de una parte la empresa de generación ELECTROPERÚ en condición de “suministrador” y de otra parte CASAPALCA en condición de

“suministrado”, suscriben contrato con el objeto de que ELECTROPERÚ suministre potencia y energía a CASAPALCA bajo los siguientes términos:

- Sobre el suministro de potencia, ELECTROPERÚ se compromete a suministrar y poner a disposición en el punto de entrega las potencias máximas en hora punta y en horas fuera de punta bajo el siguiente esquema:
 - 9.5 MW en horas punta¹ y en horas fuera de punta² desde el 01 de mayo de 2006 hasta el 28 de febrero de 2009 conforme a la condición descrita en el numeral 1.4 el cual hace referencia al suministro de electricidad que exceda lo contratado con ENERSUR.
 - 14 MW en horas punta y en horas fuera de punta desde el 01 de marzo de 2009 hasta el 28 de febrero de 2012.
- Sobre el suministro de energía eléctrica ELECTROPERÚ se compromete a entregar mensualmente a CASAPALCA en los respectivos puntos de entrega una cantidad de energía activa hasta el límite máximo o energía máxima, entendiendo por tal concepto el resultado de la suma de la energía máxima en horas de punta³ y de la energía en horas fuera de punta⁴.

Precisando que las potencias máximas descritas serán entendidas como máximas obligaciones de suministro de potencia por ELECTROPERÚ. Y respecto a las potencias mínimas CASAPALCA queda obligado a comprar como mínimo las potencias en hora de punta y en horas fuera de punta de 3 MW desde el 01 de mayo de 2006 hasta el 28 de febrero de 2009 y 7 MW desde el 01 de marzo de 2009 hasta el 28 de febrero de 2012.

Dentro de los antecedentes, CASAPALCA y ELECTROPERÚ (en adelante, “las Partes”) declaran conocer que a la fecha de suscripción CASAPALCA posee un Contrato de

¹ Según el Anexo 2 del Contrato de Suministro se entenderá por tal concepto en el caso del periodo tarifario para la potencia de 18:00 a 21:00 horas de lunes a sábado, no contando feriados no laborables. Para el caso del periodo tarifario para la energía de 18:00 a 23:00 horas, de lunes a sábados, exceptuando feriados no laborables.

² Según el Anexo 2 del Contrato de Suministro se entenderá por tal concepto en el caso del periodo tarifario para la potencia de 23:00 a 18:00 horas de lunes a sábado, no contando feriados no laborables y de 00:00 a 24:00 horas, los días domingo y feriados no laborables. Para el caso del periodo tarifario para la energía de 23:00 a 18:00 horas, de lunes a sábados, exceptuando feriados no laborables y de 00:00 a 24:00 horas, los días domingo y feriados no laborables.

³ De acuerdo al Cláusula Tercera del Contrato de Suministro Eléctrico se entenderá tal concepto a la cantidad de energía expresada en kWh igual a la sumatoria de los productos que resulten de multiplicar i) el cociente de la respectiva potencia máxima expresada en kW para el periodo de horas de punta entre la demanda máxima mensual registrada en horas de punta de CASAPALCA ii) cada uno de los valores de energía activa correspondientes a los periodos sucesivos de 15 minutos del periodo de horas de punta del mes de suministro los cuales serán registrados y debidamente reflejados en el respectivo punto de entrega.

⁴ De acuerdo al Cláusula Tercera del Contrato de Suministro Eléctrico se entenderá tal concepto a la cantidad de energía expresada en kWh igual a la sumatoria de los productos que resulten de multiplicar i) el cociente de la respectiva potencia máxima expresada en kW para el periodo de horas fuera de punta entre la demanda máxima mensual registrada en horas de punta de CASAPALCA ii) cada uno de los valores de energía activa correspondientes a los periodos sucesivos de 15 minutos del periodo de horas fuera de punta del mes de suministro los cuales serán registrados y debidamente reflejados en el respectivo punto de entrega.

Suministro de Electricidad con ENERSUR celebrado con fecha 16 de setiembre de 2003, en el cual ENERSUR se compromete a suministrarle electricidad hasta 4.5 MW; por lo cual, acuerdan “que queda expresamente entendido” que dicho contrato tendrá por objeto el suministro de electricidad que exceda la potencia contratada con ENERSUR. Asimismo, señalan que el Contrato de Suministro tendrá la calidad de contrato de precio libre de acuerdo con el Artículo 44^{o5} del Decreto Ley N° 25844 “Ley de Concesiones Eléctricas” (en adelante, “LCE”).

Por otro lado, mediante la cláusula quinta se establecen las directrices para poder calcular el precio, las penalidades y mecanismos de reajuste. CASAPALCA se obliga a pagar de manera mensual los precios unitarios para la potencia, energía activa y energía reactiva de acuerdo al siguiente cuadro:

PERÍODO CONTRACTUAL DEL 01 DE MAYO DE 2006 AL 31 DE MAYO DE 2006			
CONCEPTO	ENERGÍA ACTIVA US\$/MWh		POTENCIA US\$/kW-mes
	Horas Punta	Horas Fuera de Punta	Punta
Precios de generación en Punto de Entrega Barra 50kV de la S.E ANTUQUITO	1,05*CMgPTA ⁶	1,05*CMgFP ⁷	5,01
Precio Total en punto de Entrega	2,45+1,05*CMgPTA	2,45+1,05*CMgFP	9,80
PERÍODO CONTRACTUAL DEL 01 DE ENERO DE 2007 AL 28 DE FEBRERO DE 2012			
Precios de generación en Barra de Referencia S.E Oroya Nueva Barra 50kV	30,29	26,74	4,95
Precios de generación en Punto de Entrega Barra 50kV de la S.E ANTUQUITO	31,60	27,90	5,22
Precio Total en punto de Entrega de la S.E ANTUQUITO Barra 50kV	34,05	30,35	10,01

⁵ "Las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía independientemente de si éstas corresponden a ventas de electricidad para el servicio público o para aquellos suministros que se efectúen en condiciones de competencia, según lo establezca el Reglamento de la Ley. Para éstos últimos, los precios de generación se obtendrán por acuerdo de partes. En las ventas de energía y potencia que no estén destinados al servicio público de electricidad, las facturas deben considerar obligatoria y separadamente los precios acordados al nivel de la barra de referencia de generación y los cargos de transmisión, distribución y comercialización."

⁶ El CMgPTA son los costos marginales reales de operación de corto plazo de generación del Sistema Interconectado Nacional, registrado por el COES en cada período sucesivo de quince minutos de los periodos de hora de punta del mes correspondientes, utilizados por el COES para la valorización de las transferencias de energía entre las generadoras integrantes de dicho organismo, debidamente reflejados en la barra de 50kV de la Subestación Antuquito, con aplicación de los respectivos factores de pérdida marginales determinadas por el COES.

⁷ El CMgFP son los costos marginales reales de operación de corto plazo de generación del Sistema Interconectado Nacional, registrado por el COES en cada período sucesivo de quince minutos de los periodos de horas fuera de punta del mes correspondientes, utilizados por el COES para la valorización de las transferencias de energía entre las generadoras integrantes de dicho organismo, debidamente reflejados en la barra de 50kV de la Subestación Antuquito, con aplicación de los respectivos factores de pérdida marginales determinadas por el COES.

De esta manera, ELECTROPERÚ deberá cursar factura en dólares americanos y de forma mensual dentro de los diez (10) días del mes inmediato siguiente al consumo a CASAPALCA por la potencia y energía activa consumida, teniendo en cuenta la facturación de potencia mínima acordada. Por lo cual, la factura deberá ser pagada u observada por CASAPALCA en el término de quince (15) días calendarios de la presentación, ya que luego de este plazo se deberá pagar un interés compensatorio y moratorio y en caso de deber dos mensualidades seguidas se realizará el corte de suministro correspondiente.

En la cláusula duodécima referente a la solución de controversias se acuerda que en un primer momento se resolverá mediante trato directo entre las Partes y de no llegar a un acuerdo se someterán a un arbitraje de derecho mediante la conformación de un Tribunal Arbitral conformado por tres árbitros de acuerdo al procedimiento contenido en el Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

Asimismo, en la cláusula decimotercera alusiva a la resolución del contrato se establece que, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones, previstas en el Contrato de Suministro, la parte perjudicada podrá requerir su ejecución mediante carta notarial para que satisfaga su prestación en un plazo no menor de treinta (30) días bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto. Resaltando que este mecanismo no incluye las causales de resolución de pleno derecho estipuladas en la cláusula 13.2, las cuales incluyen la declaración de insolvencia de alguna de las Partes, desconocimiento de laudos arbitrales o medidas cautelares dictadas sobre la relación contractual de las Partes, la cesión a terceros de las obligaciones pactadas en el contrato, un evento de fuerza mayor que impida la ejecución del contrato por un plazo mayor a tres meses e incumplimiento de pago por parte de la minera, entre otras.

Asimismo, se fija una penalidad equivalente a doce veces la facturación total mensual promedio de los últimos doce meses o del periodo real en caso fuera inferior a dos meses. También se podrá resolver el contrato unilateralmente sin expresión de causa, debiendo pagar la parte que ejerce -por concepto de penalidad- una suma equivalente a doce veces la facturación total mensual promedio de los dos últimos doce meses facturados por el suministro o, en su caso, doce veces la facturación total mensual promedio de los meses facturados en caso ser menores a doce meses.

Para finalizar, las Partes como disposición común establecen que la omisión de cualquiera de estas en exigir a la otra la ejecución del contrato o de ejercer cualquier derecho previsto, no se deberá interpretar como una renuncia o desistimiento del derecho, salvo que exista una renuncia expresa y por escrito.

Es así como, en base al contrato suscrito con ELECTROPERÚ la minera debería obtener suministro de electricidad de hasta 4.5 MW de potencia por parte de ENERSUR y los retiros por encima de los 4.5 MW⁸ serían asumidos por ELECTROPERÚ.

Sin embargo, tal situación varió debido a que el 20 mayo de 2006 ENERSUR decidió resolver el contrato de suministro de electricidad que tenía con CASAPALCA, dejando a la Compañía Minera sin contrato que respalde los retiros efectuados por la minera desde tal fecha. Lo cual originó que CASAPALCA, con la finalidad seguir respaldando sus retiros de potencia y energía en base al contrato con ENERSUR, recurriera ante un Tribunal Arbitral para dilucidar su controversia.

Posteriormente el 27 de junio de 2006 se suscribe la primera adenda para el Contrato de Suministro con el objeto de modificar el contenido y la vigencia de las cláusulas tercera, cuarta, quinta y sexta del contrato al 01 de junio de 2006. De tal manera, desde dicha fecha ELECTROPERÚ se obliga a suministrar las potencias máximas modificadas bajo el siguiente orden:

- Desde el 01 de junio de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2006 2 MW en horas punta y en horas fuera de punta
- Entre 01 de enero de 2007 al 28 de febrero de 2009 la minera deberá comunicar por escrito la potencia máxima que registrará para el periodo.
- Desde el 01 de marzo de 2009 al 29 de febrero de 2012 12 MW en horas de punta y en horas fuera de punta.

Respecto al establecimiento de la potencia mínima a consumir se modifica bajo el siguiente criterio:

- Desde el 01 de junio de 2006 al 31 de diciembre de 2012 1 MW.
- Entre 01 de enero de 2007 al 28 de febrero de 2009 las Partes acordaran la potencia mínima que registrará para el periodo
- Desde el 01 de marzo de 2009 hasta el 29 de febrero de 2012 7 MW.

⁸ Bajo los límites de potencia fijados estipulados.

Finalmente, sobre el suministro de energía eléctrica se mantiene la misma fórmula de suministro que en el Contrato de Suministro con la salvedad de actualizar los nuevos límites máximos pactados. Se añade respecto al plazo que sin perjuicio de que el contrato entre en vigencia en la fecha de suscripción, el suministro de electricidad bajo las condiciones descritas anteriormente iniciará el 01 de mayo de 2006.

Seguidamente, el 13 de noviembre de 2006 se suscribe la segunda adenda para el Contrato de Suministro con el objeto de modificar el contenido y la vigencia de la cláusula tercera al 01 de octubre de 2006. De tal manera, desde dicha fecha ELECTROPERÚ se obliga a suministrar las potencias máximas modificadas bajo el siguiente orden:

- Desde el 01 de octubre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2006 3 MW en horas punta y en horas **fuera** de punta
- Desde el 01 de enero de 2007 al 28 de febrero de 2009 4.5 MW en horas punta y en horas fuera de punta.
- Desde el 01 de marzo de 2009 al 29 de febrero de 2012 12 MW en horas de punta y en horas fuera de punta.

Respecto al establecimiento de la potencia mínima a consumir se modifica bajo el siguiente criterio:

- Desde el 01 de octubre de 2006 al 28 de febrero de 2009 1 MW.
- Desde el 01 de marzo de 2009 hasta el 29 de febrero de 2012 7 MW.

Sobre el suministro de energía eléctrica se mantiene la misma fórmula de suministro que en el Contrato de Suministro con la salvedad de actualizarla según los nuevos límites máximos pactados. Se añade respecto al plazo que sin perjuicio de que el contrato entre en vigencia en la fecha de suscripción, el suministro de electricidad bajo las condiciones descritas anteriormente iniciará el 01 de octubre de 2006.

2.1.2. Otros antecedentes relevantes:

Mientras se dilucidaba la controversia entre ENERSUR y CASAPALCA en sede arbitral, la minera para poder abastecerse y desarrollar sus actividades continuó realizando retiros de potencia y energía eléctrica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, SEIN). Sin embargo, tanto ENERSUR como ELECTROPERÚ consideraban que mientras el Tribunal Arbitral no emita decisión, sobre la resolución del contrato con

ENERSUR por el suministro de potencia hasta 4.5 MW, dichos retiros no deberán ser considerados y posteriormente valorizados por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, “COES”) en el marco de los Contratos de Suministro de Electricidad suscritos el 16 de septiembre de 2003 y el 08 de mayo de 2006, correspondientemente.

De tal manera, el hecho que CASAPALCA continuará realizando retiros del SEIN sin una generadora que se haga responsable por tales retiros ocasionó diversas controversias con las empresas generadoras que les tocaba despachar en tal momento, ya que no había persona jurídica responsable de asumir tales pagos⁹. Situación que dio lugar a diversas comunicaciones y mecanismos tales como medidas cautelares impuestas por las generadoras incluyendo a ELECTROPERÚ, ya que en un determinado momento el COES le ordenó despachar energía ante la demanda de CASAPALCA; por lo cual para que dicho retiro no se interprete dentro del Contrato de Suministro suscrito el 08 de mayo de 2006, solicitó medida cautelar.

La cual fue concedida por el Juzgado Mixto de Tayacaja, dentro del expediente 0175-2007 ordenando al COES que se abstenga de determinar y aprobar valorizaciones de las transferencias de potencia y energía y/o recálculos en los que se atribuyan retiros de electricidad que efectúen las empresas distribuidoras y/o cualquier otra empresa que no cuenten con respaldo contractual con ELECTROPERÚ, dicha resolución fue notificada con fecha 16 de noviembre de 2007 al COES.

Debido a ello, el COES en su Informe “COES-SINAC/DTR-019-2008” - “Valorización de las Transferencias de Potencia para enero de 2008” emitido por la División de Transferencias tomó en cuenta el mandato emitido y señaló: “el COES SINAC debe abstenerse de determinar y aprobar las valorizaciones de transferencia de potencia y energía y/o recálculos, en los que se le atribuya a ELECTROPERÚ retiros de electricidad que efectúen las empresas distribuidoras y/o cualquier otra empresa que no cuenten con contrato vigente con la referida empresa que respalden dichos retiros.” Finalizando dicho informe al señalar que en el caso de ELECTROPERÚ y CASAPALCA se detectó, por parte de la Compañía Minera, una diferencia entre el consumo total de dicho cliente y el

⁹ Más adelante se explicará a detalle el sistema de retiro de potencia y energía en el Mercado Spot, junto con las motivaciones técnicas que sustentan que no necesariamente la generadora con la que se ha contratado el suministro de energía sea quien efectivamente brinde la energía a su cliente. Por lo cual, luego se realizarán liquidaciones y pagos entre los generadores que suministran energía más allá de sus compromisos pactados (superavitarios) y aquellos deficitarios.

retiro de potencia y energía declarados por ELECTROPERÚ, considerando esta diferencia como el consumo de un cliente libre sin respaldo contractual.

Luego que se dejaran sin efecto las diversas medidas cautelares que impedían la asignación de retiros sin contrato a determinadas generadoras integrantes del COES (incluyendo a ELECTROPERÚ), el COES efectuó un recálculo de las valorizaciones mensuales asignando a las generadoras que efectivamente suministraron energía y potencia los retiros de potencia y energía sin respaldo contractual que efectuó CASAPALCA, las valorizaciones a favor de ELECTROPERÚ se dieron a través del siguiente detalle:

- Informe N° COES/DO/STR-177-2009 “Recálculo de la Valorización de las Transferencias de **Energía Activa** por revocatoria de la medida de cautelar de ELECTROANDES”;
- Informe N° COES/DO/STR-020-2010 “Recálculo de la Valorización de las Transferencias de **Energía Activa** según lo dispuesto por el Directorio del COES en la sesión N° 334 del 03 de noviembre de 2009 relativo al Laudo Arbitral del proceso seguido por ELECTROPERÚ al COES”;
- Informe N° COES/DO/STR-176-2009 “Recálculo de la Valorización de las **transferencias de potencia** por revocatoria de la medida cautelar de Electroandes”;
- Informe N° COES/DO/STR-202-2009 “Recálculo de la Valorización de las **transferencias de potencia** por revocatoria de la medida cautelar de ELECTROPERÚ y Eléctrica Santa Rosa”

Paralelamente a las valorizaciones efectuadas por el COES con fecha 08 de enero de 2010 se le notificó Laudo Arbitral a CASAPALCA en el cual se manifiesta la resolución del contrato de ENERSUR desde el 20 de mayo de 2006. Confirmando la posición alegada por ENERSUR en tanto los retiros realizados desde el 20 de mayo de 2006 al 28 de febrero de 2009, por 4.5 MW de potencia, no son imputables y, por tanto, serían retiros de potencia y energía sin respaldo contractual.

En razón a tal acontecimiento el COES continuó realizando las valorizaciones y asignaciones correspondientes al periodo de 20 de mayo de 2006 a 28 de febrero de 2009 hasta 4.5 MW de potencia y energía activa consumida por CASAPALCA. Por lo cual, el 17 de junio de 2011 el Subcomité de Generadores del COES mediante Carta N° SCG-016-2011 requirió a CASAPALCA que alcance una propuesta de pago a los generadores

que asumieron sus retiros sin contrato y que fueron asignados a despachar por el COES durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009. En tal requerimiento se liquida el monto adeudado por CASAPALCA en base a las valorizaciones anteriormente descritas y en el caso de ELECTROPERÚ se asigna las siguientes valorizaciones:

- i) De mayo a diciembre de 2006 el monto de S/. 1' 655, 231.56.
- ii) En el año 2007 el monto de S/. 617, 355.41.
- iii) En el año 2008 el monto de S/. 2' 148, 048.88.
- iv) En el año 2009 el monto de S/. 150, 660.66.

Resultando en total el monto de S/. 4' 571, 296.52 sin incluir el Impuesto General a las Ventas (en adelante, IGV). Asimismo, se solicita que en un plazo de diez (10) días calendarios desde la recepción se dé la conformidad a la misma acompañada de una propuesta de pago. Advirtiéndole que transcurrido dicho plazo las generadoras entenderán como una negativa de pago e iniciarán las acciones legales que consideren. En base a dicha comunicación, CASAPALCA realiza pagos a diversas generadoras en virtud de acuerdos celebrados con estas, omitiendo realizar el pago del monto valorizado a favor de ELECTROPERÚ.

Por tal razón, con fecha 07 de noviembre de 2011 ELECTROPERÚ mediante Carta N° C-1374-201 solicitó el pago de la factura N° 005-12474 por el monto de S/. 4' 571, 296.52 sin IGV emitida por el concepto de valorizaciones de los retiros sin contrato de potencia y energía. En respuesta a ello el 18 de noviembre de 2011 CASAPALCA mediante comunicación N° CMC/GAF.090.11 alega que los retiros realizados durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 fueron en virtud del contrato de suministro de electricidad entre CASAPALCA y ENERSUR, el cual estuvo vigente hasta febrero de 2009. Asimismo, señaló que la ineficacia de dicho contrato está siendo discutida a nivel del Poder Judicial, debido a que solicitó la nulidad del laudo arbitral en vía judicial y, en caso se declare resuelto el contrato con ENERSUR, tales retiros deberán ser asumidos por ELECTROPERÚ en cumplimiento del Contrato de Suministro de Electricidad celebrado entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ el 08 de mayo de 2006. Señalando que le corresponde a ELECTROPERÚ asumir todos los consumos de energía y potencia realizados entre el mes de mayo de 2006 a febrero de 2009.

2.2. Recurso de Reclamación interpuesto por ELECTROPERÚ y contestación de presentada por CASAPALCA

Ante la negativa de pago ELECTROPERÚ solicitó el 09 de diciembre de 2011 un procedimiento administrativo de solución de controversias conforme al Reglamento del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería para la Solución de Controversias Res. N° 0826-2002-OS/CD (en adelante, ROSC) vía recurso de reclamación. Teniendo como pretensión principal que se ordene el pago a CASAPALCA por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a ELECTROPERÚ en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencia de potencia y energía activa entre generadores e integrantes, correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 y como pretensión accesorio que se ordene el pago de los intereses correspondientes a la deuda considerada en la pretensión principal, así como las costas y costos deducidos de la tramitación del reclamo. A continuación, procederemos a resumir los principales argumentos esgrimidos para sustentar su posición:

- Según el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería recogido en el D.S 054-2001-PCM (en adelante, “Reglamento OSINERGMIN”) el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, “OSINERGMIN”) es competente para conocer en vía administrativa las controversias entre usuarios libres relacionadas a aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN
- De acuerdo con el literal a) del Artículo 2 del ROSC establece que los Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversia tienen competencia para resolver en primera y segunda instancia administrativa dichas controversias.
- Por lo cual, OSINERGMIN debe dar trámite al pedido mediante el reclamo en tanto estamos frente a una afectación del mercado eléctrico derivada de los retiros de CASAPALCA sin la autorización de ELECTROPERÚ, por lo que corresponde que las instancias de solución de controversia se pronuncien sobre los mismos y ordenen el pago a favor de ELECTROPERÚ conforme a las valorizaciones mensuales de transferencias de potencia y energía activa.
- La comunicación sobre el laudo arbitral entre ENERSUR y CASAPALCA son ajenas a la relación contractual entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA la cual se

encuentra regulada en el contrato de suministro de electricidad firmado el 01 de mayo de 2006 y sus respectivas adendas de fecha 27 de junio de 2006 y el 13 de noviembre de 2009.

- De esta manera, la cláusula 1.4 del Contrato de suministro celebrado establece que CASAPALCA reconocía que tenía un contrato con ENERSUR celebrado el 13 de septiembre de 2003 hasta el 28 de febrero de 2009 en el cual se le obligaba suministrarle hasta 4.5 MW mientras que en el Contrato de Suministro suscrito con ELECTROPERÚ tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada con ENERSUR hasta el término acordado.
- En las cláusulas 3.4 convienen que las Partes deberán tener un suministro exclusivo con ELECTROPERÚ por lo cual, no se podrá contratar con otros proveedores los requerimientos adicionales de potencia y energía respecto a los suministros máximos adicionales establecidos en los numerales 3.1 y 3.2 excepto cuando el cliente hubiera contratado con un proveedor previamente o la generadora hubiera denegado su solicitud de aumento de potencia. Por lo cual, no hay ningún tipo de disposición que obligue a que ELECTROPERÚ asuma la responsabilidad del suministro hasta 4.5 MW contratado por CASAPALCA a ENERSUR.

2.3. Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en primera instancia

Con el recurso interpuesto por ELECTROPERÚ se inicia la primera instancia en vía administrativa, por lo cual, mediante memorándum la Secretaria del Tribunal de Solución de Controversias le solicita al Gerente de Fiscalización Eléctrica su opinión técnico-legal en base al Artículo 33° del ROSC sobre la procedencia de la solicitud de nombramiento de un Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y que si esta se encontraría dentro de las competencia de OSINERGMIN. De esta manera, el 22 de diciembre de 2011 el Gerente de Fiscalización Eléctrica emite el INFORME LEGAL 380-211/GFE-ALFE en el cual señalan, entre otras cosas, que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc si tiene competencia para pronunciarse sobre dicha controversia debido a que el caso versa sobre una controversia entre una empresa generadora y un Usuario Libre y se relaciona con materias sujetas a supervisión, regulación o fiscalización.

Es así como, el 12 de enero de 2012 mediante Resolución de Consejo Directivo 012-2012-OS/CD, la Presidencia del Consejo Directivo, declara al Cuerpo Colegiado Ad HOC competente para resolver la controversia suscitada entre ELECTROPERÚ y

CASAPALCA, y designa a sus miembros integrantes. Posteriormente, el 19 de enero de 2012 a través de Resolución N° 001-2012 del Cuerpo Colegiado se declara instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumiendo la competencia y admitiendo a trámite la reclamación planteada, otorgándole un plazo máximo de quince (15) días hábiles a CASAPALCA para su contestación.

En el ejercicio de su derecho de contradicción CASAPALCA contesta el recurso y plantea dos excepciones: la primera señalando que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no poseería competencia debido a que la controversia no tiene relación con aspectos técnicos, normativos o regulatorios; y la segunda referida a una excepción de prescripción extintiva la cual deberá ser evaluada en caso no prospere la primera excepción planteada, afirmando que ELECTROPERÚ al no cuestionar que los retiros fueron realizados sin contrato ha aceptado que la relación entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ es de naturaleza extracontractual, entendiendo que el pago que estaría solicitando la generadora sería por concepto de resarcimiento por dicha asignación y siendo que la acción indemnizatoria tiene como plazo de prescripción dos años, ya prescribió su acción. Finalmente, señala que en caso no procedan las excepciones planteadas, el recurso debe declararse infundado debido a que las valorizaciones no actúan como título suficiente para exigir el cumplimiento forzado de una obligación, entre otras cosas señala que en caso haya lugar a una liquidación deberá ser en el marco del contrato de suministro suscrito con ELECTROPERÚ.

El 10 de febrero de 2012 mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 002-2012 el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc cita a audiencia única y de acuerdo con el Artículo 37° de ROSC señala que las excepciones presentadas serán resueltas en la resolución final, asimismo cumple con trasladar la contestación de la reclamación. Con fecha 29 de febrero de 2012, CASAPALCA presentó una solicitud de “abstención por decoro” al Sr. Anibal Tomecich Córdova en su calidad de miembro del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc. Debido a que, dicho miembro habría sido Gerente General de ELECTROPERÚ -citó- “representando los intereses de la ahora entidad en controversia”. Al presentar tal pedido el mismo día citado para Audiencia Pública el Colegiado resuelve en primera instancia el pedido de “abstención por decoro” declarando no ha lugar debido a que no constituye un pedido de recusación propiamente. Finalmente, luego de la exposición de las Partes, se fijan como puntos controvertidos:

1. Por parte de ELECTROPERÚ: Que, el Cuerpo Colegiado ordene a la Minera Casapalca el pago de S/. 4 '571' 296, 52 sin IGV por retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a ELECTROPERÚ mediante las valorizaciones mensuales del periodo de mayo de 2006 a febrero 2009.
2. Por parte de CASAPALCA: Que, el Cuerpo Colegiado se declare incompetente para resolver la controversia, o en su defecto, declare fundada la excepción de prescripción, o en su defecto, declare infundada en todos sus extremos la reclamación presentada de ELECTROPERÚ.

Y como materia controvertida:

1. Determinar si los órganos de solución de controversias son competentes para conocer y resolver la presente controversia.
2. Determinar si ha prescrito la acción sobre los derechos que solicita.
3. Determinar si los retiros de potencia y energía realizados por CASAPALCA y asignados a ELECTROPERÚ serán asumidos por la demandada.
4. Si corresponde el pago por conceptos de retiros de energía y potencia durante el periodo mayo 2006 a febrero de 2009.

El 05 de marzo de 2012, CASAPALCA interpone demanda de Amparo contra OSINERGMIN ante el Juzgado especializado en lo Constitucional de Lima con la finalidad de que se declare la nulidad del procedimiento seguido contra OSINERGMIN, debido a que se estaría vulnerando el derecho constitucional al Juez Natural. Alega que el caso es referido a una indemnización por los perjuicios derivados de los retiros de electricidad sin contrato que habría realizado CASAPALCA, por ello la controversia deberá ser resuelta por un órgano jurisdiccional de competencia civil, ya que estamos ante un supuesto de indemnización por responsabilidad extracontractual. Por lo cual, días después, solicita al Cuerpo Colegiado Ad Hoc, que resuelva la excepción de incompetencia como una cuestión previa y antes de emitir cualquier resolución final.

El 08 de marzo de 2012 mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 003-2012 el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, atendió la solicitud de solicitud de “abstención por decoro” al Sr. Anibal Tomecich Córdova en su calidad de miembro del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estableciendo que existe una norma especial que regula las causales de abstención propias de los procedimientos administrativos recogida en el Artículo 88° del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo - Ley 27444 (en adelante,

TUO LPAG). Y respecto a la relación laboral del Sr. Anibal Tomecich, está culminó hace más de diecisiete años, por lo cual no se encuentra incurso en ninguna causal tipificada, siendo rechazado el pedido de abstención por decoro.

Siguiendo con el procedimiento ELECTROPERÚ presentó sus alegatos reafirmando sus argumentos anteriormente expuestos. Por lo cual, mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 004-2012 el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc señala que ELECTROPERÚ cumplió con presentar dentro del plazo debido los alegatos correspondientes, agregando a los autos tal documento, y debiendo tenerse presente al momento de resolver. Finalmente, cita a audiencia única y de acuerdo con el Artículo 37° del ROSC señala que las excepciones presentadas serán objeto de pronunciamiento en la resolución final y traslada la contestación de la reclamación.

El 13 de abril de 2012 mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 005-2012-OS/CC-66 el Cuerpo Colegiado se pronuncia sobre la solicitud de suspensión del procedimiento, la excepción de incompetencia y pronunciamiento previo de la excepción de incompetencia. Resolviendo denegar la solicitud de suspensión del procedimiento administrativo y declara infundada la excepción de incompetencia. Manifestando a modo de aclaración que en base al Artículo 206.2° del TUO LPAG y el Artículo 47° del ROSC no procede contra tal resolución la interposición del recurso de apelación, por lo cual cualquier tipo de contradicción debe alegarse en el acto que ponga fin al procedimiento y podrá impugnarse con el recurso que se interponga contra el acto definitivo.

Una vez resuelto tales puntos el 19 de abril de 2012 el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc mediante Resolución 006-2012-OS/CC-66 resuelve en primera instancia:

1. Declarar infundada la excepción de prescripción extintiva deducida por CASAPALCA.
2. Declarar fundada la solicitud de ELECTROPERÚ sobre el pago de 4 '571' 296.50 sin IGV (S/. 5' 439' 842.84 incluyendo IGV) por los retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a ELECTROPERÚ en las valoraciones mensuales correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009.
3. Declarar fundada la solicitud de ELECTROPERÚ respecto al pago de intereses y declarar que CASAPALCA deberá pagarlo.
4. Declara infundada la solicitud de pago de costas y costos de ELECTROPERÚ.

5. Declarar el fin de la primera instancia.

Al estar en desacuerdo con lo resuelto, el 17 mayo de 2012, CASAPALCA interpone recurso de apelación contra las Resoluciones N° 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66. Sobre la primera alega que posee vicios insubsanables que acarrearán su nulidad de pleno derecho debido a que no es competente para pronunciarse sobre la presente controversia contraviniendo el inc. 6 del Artículo 427° del Código Procesal Civil, poseyendo defecto del objeto o contenido del acto administrativo, además señala que tal Resolución posee defectos de motivación, específicamente, motivación aparente y finaliza manifestando que el Colegiado omite presentar los argumentos por los cuales rechaza la excepción por prescripción. Sobre la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66 afirma que posee defectos de motivación, de contenido u objeto, entre otros argumentos, solicita que se declare fundado el recurso de apelación declarando la nulidad de ambas resoluciones y resuelva declarando improcedente la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

2.4. Resolución del Tribunal de Solución de Controversias en segunda instancia

Atendiendo a lo solicitado por CASAPALCA el 18 de mayo de 2012 el Cuerpo Colegiado AD-HOC concede recurso de apelación, mediante Resolución N° 007-2012-OS/CC-66, por lo cual encarga a la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que se eleven los actuados al Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN (en adelante, “TSC”). De esta manera, mediante Memorando SEC.CC/TSC-24-2012 la Secretaria General del Tribunal de Solución de Controversias y Cuerpos Colegiados remite los actuados al TSC con la finalidad de elevar la apelación interpuesta por CASAPALCA. En consecuencia, mediante Resolución N° 001-2012/TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN se dispone el traslado del recurso de Apelación a ELECTROPERÚ, interpuesto por CASAPALCA, otorgándole el plazo de quince (15) días para absolver la apelación interpuesta.

De esta manera, ELECTROPERÚ absuelve el recurso de apelación contradiciendo lo dicho por CASAPALCA y reafirmando su petitorio establecido en el recurso de reclamación presentado, asimismo incluyen al expediente la Resolución del Tribunal Constitucional del Expediente 04622-2011-PA/TC¹⁰. Con fecha 10 de junio de 2012 a

¹⁰ En el marco del recurso de agravio constitucional interpuesto por CASAPALCA contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmando la apelada y declarando improcedente la demanda de amparo interpuesta sobre la controversia entre CASAPALCA y ENERSUR de resolución contractual.

través de Resolución N° 002-2012/TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN el TSC da por absuelto el traslado de la apelación de ELECTROPERÚ, pone en conocimiento dicho documento a CASAPALCA y cita las Partes para la Audiencia de Vista de la Causa para el 04 de julio de 2012.

Llegado el día citado se llevó a cabo la audiencia de vista de la causa, en la cual las Partes presentaron y sustentaron sus posiciones. Asimismo, el 11 de julio de 2012 ambas partes presentaron sus alegatos ante el Tribunal, por lo cual, mediante Resolución 003-2012-TSC-OSINERGMIN se agregan al expediente los alegatos presentados y se trasladan respectivamente. Por otro lado, mediante Resolución N° 004-2012-TSC-OSINERGMIN se amplía el plazo de expedición de la Resolución por veinte (20) días hábiles.

Asimismo, el 08 de agosto de 2012, CASAPALCA solicita la suspensión del procedimiento por existir prejudicialidad debido al inicio de proceso de amparo seguido contra OSINERGMIN en tanto, el Juzgado Constitucional de Lima admitió la acción de amparo contra OSINERGMIN. Posteriormente, el 23 de agosto de 2012, CASAPALCA solicitó al TSC que se resuelva el pedido de suspensión del procedimiento administrativo antes de la resolución del recurso de apelación, asimismo en dicho documento presentan el informe elaborado por la Dra. Delia Revoredo Marsano de Mur en atención a la consulta presentada por CASAPALCA sobre la demanda de amparo impuesta contra OSINERGMIN. Por otro lado, el 03 de septiembre de 2012, CASAPALCA presenta documento con medios de prueba en los cuales solicita que se tengan presentes al momento de resolver, los cuales incluye una excepción de incompetencia deducida por ELECTROPERÚ en la que sostiene que OSINERGMIN no tiene competencia para conocer la reclamación interpuesta por la Compañía Ares Minera y manifiesta -la generadora- que el COES vulnera su libertad contractual por asignarle los retiros de clientes sin respaldo contractual.

En base a tales requerimientos, el 12 de septiembre de 2012, mediante Resolución N° 005-2012-TSC-OSINERGMIN se resuelve por no tener presentados los escritos de CASAPALCA debido a que los presentó de forma extemporánea: el primero referente al pedido de suspensión del proceso en el cual se incluye el informe legal de la Dra. Delia Revoredo y el segundo referido a los documentos que evidencian una serie de actos procesales de ELECTROPERÚ fuera del procedimiento.

Finalmente, el 12 de septiembre de 2012, mediante Resolución N° 006-2012-TSC-OSINERGMIN/66-2012 del Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN analiza la apelación interpuesta por CASAPALCA y la contradicción realizada por ELECTROPERÚ resolviendo:

1. Denegar la solicitud de suspensión del procedimiento administrativo de solución de controversias seguido por ELECTROPERÚ.
2. Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por CASAPALCA. Por lo tanto, confirmar en todos sus extremos la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N 005-2012-OS/CC-66 en la cual se declara fundada la reclamación interpuesta por ELECTROPERÚ sobre el pago reclamado a CASAPALCA por S/. 4'571 269.50 sin IGV (S/. 5 439 842,84 incluyendo IGV) por los retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a ELECTROPERÚ en base a las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES, correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009.
3. Disponer que CASAPALCA cumpla con remitir información a la Secretaria General del Tribunal de Solución de Controversias del correspondiente cumplimiento de lo ordenado en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde la recepción de la presente resolución.
4. Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución apelada.
5. Dar por agotada la vía administrativa.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Problemas principales:

- I.** ¿Está obligado CASAPALCA a reconocer el pago reclamado por ELECTROPERÚ en base a las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES, correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009, por el monto de S/. 4'571 269.50 sin IGV (S/. 5' 439, 842.84 incluyendo IGV)?
- II.** ¿El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc era competente para resolver el caso?

Problemas accesorios:

- I.** ¿Al declararse resuelto el Contrato de Suministro con ENERSUR debe entenderse tales retiros en el marco del Contrato suscrito con ELECTROPERÚ?
- II.** ¿Estamos frente a un caso de responsabilidad extracontractual debiendo aplicarse el plazo de prescripción de dos años?

4. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS DEL EXPEDIENTE N° 66-STC-2012-OSINERGMIN.

4.1. Análisis de los problemas principales:

4.1.1. ¿Está obligado CASAPALCA a reconocer el pago reclamado por ELECTROPERÚ en base a las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES, correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009, por el monto de S/. 4'571 269.50 sin IGV (S/. 5' 439, 842.84 incluyendo IGV)?

Lo alegado por las Partes y lo resuelto por la autoridad:

Mediante el recurso de interpuesto por ELECTROPERÚ ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc la generadora pretende hacer efectivo el pago de S/. 4'571 269.50 sin IGV por los retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que efectuó CASAPALCA durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009. Tomando como base las valorizaciones mensuales emitidas por el COES.

En respuesta a ello CASAPALCA solicito que tal pretensión sea declarada infundada, en primer término, debido a que las valorizaciones emitidas por el COES generan únicamente una relación de carácter comercial, pretendiendo ELECTROPERÚ que mediante un procedimiento administrativo se reconozca la existencia de una obligación de pago extracontractual como un título que contiene una obligación de pago determinada. Destacando que las valorizaciones efectuadas por el COES no constituyen de ninguna manera títulos de créditos, ya que solo de ley o del contrato se pueden derivar títulos de créditos que contengan obligaciones, las cuales solo pueden ser reconocidas y declaradas por una autoridad judicial; señalando que las “valorizaciones mensuales” representan una determinación de pago establecida a través de un procedimiento técnico originando entre un generador y el usuario asignado una relación de carácter comercial, finalizando que de la revisión de los procedimientos técnicos no existe uno específico que le permita valorizar los retiros de potencia y energía de los Usuarios Libres.

Sobre este punto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc mediante Resolución N° 006-2012-OS/CC-66 en primera instancia declaró que debido a las características especiales que poseen el mercado de energía eléctrica es inevitable que existan diferencia entre las cantidades de energía contratadas y los valores que realmente se obtienen en la

producción del generador y la demanda del cliente, las cuales finalmente difieren de las cantidades pactadas. En razón a tal situación, con la finalidad de garantizar un correcto y continuo suministro de electricidad, se vio en la necesidad de transar los desbalances generados de la diferencia antes expuesta a través de reglas y mecanismos de operación -señaladas tanto en la LCE como en su Reglamento y la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica Ley N° 28832 (en adelante, “Ley N° 28832”) mediante los cuales se efectúan transacciones comerciales en el mismo momento en que la energía es tomada por el adquirente sin que existe necesidad de contratos o plazos establecidos entre las partes.

Por lo cual, esta transacción en ausencia de contratos o plazos establecidos entre las partes no podría estar exenta de regulación, razón por la cual mediante el Artículo 43° de LCE se señala que los retiros de potencia y energía efectuados en el COES por los usuarios libres están sujetos a regulación de precios. De tal modo, el precio de las transacciones corresponde al Costo Marginal de Corto Plazo y al periodo de liquidación del mercado, el cual es actualizado cada quince minutos, de acuerdo con el Artículo 17° del Reglamento de la LCE esta actividad regulatoria fue encargada a la Dirección de Operaciones del COES. El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc señala que tal actividad está sujeta a las normas o procedimientos técnicos aprobados por el MINEM¹¹, entre los cuales se encuentra el Procedimiento Técnico N° 10¹² el cual busca determinar las transferencias reales de energía y potencia transferidas por los generadores más allá de las cantidades pactadas, por lo cual cada generador deberá presentar al COES la información de sus entregas y retiros de los clientes provenientes de los medidores ubicados en las barras de transferencia.

Según el PR-10 la que resulta de la sumatoria de las valorizaciones de las entregas de cada generador (su producción) menos la sumatoria de las valoraciones de los retiros de sus clientes genera un Saldo de Transferencia (por los excedentes de su producción no retirados por sus clientes), asimismo, la suma de los saldos de transferencia de todos los generadores constituye un Saldo Resultante el cual es asignado a cada generador integrante a prorrata de sus ingresos por potencia del mes respectivo. Por lo cual, este procedimiento solo toma en cuenta a los generadores en tanto son los únicos que pueden producir energía para cubrir los Saldos Resultantes, de esta manera al ser parte del

¹¹ En base a lo dispuesto por los artículos 107° y 109° del RLCE.

¹² Aprobado por Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME.

procedimiento el hecho que en cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión sólo deben existir entregas y retiros de generadores integrantes involucrados al declararse la resolución del contrato con ENERSUR los retiros de CASAPALCA bajo el código R869SCL no pudieron ser imputados a ENERSUR y fue atendido por los generadores que en tal periodo tuvieron la capacidad de hacerlo. En tal sentido, debido a que efectivamente se produjeron despachos para atender la demanda de CASAPALCA resulta procedente requerir a dicha empresa que asuma el pago respectivo en aplicación del numeral 9.4 del PR-10 al asignar el Saldo Resultante entre los generadores integrantes prorrateando en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectuó la respectiva revalorización. Por todo lo expuesto, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc consideró que sobre este punto las valorizaciones fueron correctas y que no se implementó ningún procedimiento especial como lo argumenta CASAPALCA para valorizar el pago. Finalmente, señaló que sobre el cumplimiento del pago estas fueron determinadas en base a las valorizaciones emitidas en las Cartas N° COES/D-1471-2009, N° COES/D-074-2010, N° COES/D-1470-2009 y N° COES/D-1727-2009 y que sobre estas las Partes no ejercieron medio impugnatorio alguno entendiéndose que aceptaron su contenido.

Mencionando que tal criterio llevó a CASAPALCA a realizar pagos a un grupo de empresas generadoras que suministraron energía en el marco de sus retiros sin respaldo contractual y, que por otro lado, se desprende del Artículo 41° de la LCE que dentro de las funciones el COES tiene como obligación garantizar a sus integrantes la compra o venta de energía, asimismo en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por D.S N° 009-93-EM (en adelante, “RLCE”) en sus Artículos 107° y 108° establecen la obligación de pago de tales valorizaciones. Finalmente, el Colegiado en aplicación del D.S N° 027-2008-EM “Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema” (en adelante, Reglamento COES)¹³ afirma que las resoluciones del COES son de aplicación y cumplimiento por los agentes del sistema de conformidad con el Artículo 6° y 47° del Reglamento COES, las cuales son impugnables por cualquiera de los agentes del SEIN de acuerdo con el Artículo 4° del citado instrumento. Por otro lado, el Artículo 101° de la LCE señala que es materia de fiscalización por parte de OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES y que el Artículo 201° del RLCE establece como incumplimiento para el usuario libre en no efectuar los pagos por Transferencia y Compensaciones dispuestas por el COES,

¹³ El cual entró en vigencia el 03 de mayo de 2008.

señalando que las valorizaciones permiten que los integrantes incluyendo dentro de este término los usuarios libres procedan al pago por el retiro de potencia y energía. Concluyendo que por tales motivos los retiros de energía y potencia realizados por CASAPALCA y asignados por el COES corresponden ser asumidos por la minera.

Asimismo, CASAPALCA en la apelación de la decisión adoptada por el Colegiado alegó que tales valorizaciones no eran imputables debido a que éste no fue integrante hasta mayo de 2012. El TSC considera que tales valorizaciones se sustentaron en el Procedimiento Técnico N° 10 el cual se ampara en los Artículo 107° y 108° de la LCE que regulan la valorización y pago por estas transferencias; por lo cual fueron correctas y es innegable que habiéndose atendido la demanda de CASAPALCA esté obligada a pagar por ellos. Por otro lado, considera que el argumento de CASAPALCA en el cual menciona que tales valorizaciones no le son imputables al no haberse constituido como integrante no es válida en tanto el Artículo 43° de la LCE establece que están sujetos a regulación de precios los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los usuarios libres, no haciendo distinción entre integrantes o no. Asimismo, no es necesario que un Usuario Libre se inscriba formalmente para ser considerado agente o integrante, sino que esta se deriva de la condición técnica de estar conectado al SEIN. Concluyendo que efectivamente CASAPALCA se encuentra obligado a responder en base a tales valorizaciones confirmando la Resolución impugnada en tal extremo.

Acercamiento al mercado eléctrico:

En esta sección abordaremos el funcionamiento del mercado eléctrico peruano, sus fundamentos y aproximación de la actual regulación, con la finalidad de poder tener los elementos necesarios para realizar el análisis correspondiente. Por lo cual es necesario explicar brevemente sus fundamentos técnicos mediante el ciclo de la energía eléctrica, este concepto hace referencia al proceso por el cual se tiene que pasar para poder obtener electricidad como elemento de consumo final. Iniciando con la actividad de “Generación” entendiendo por ésta la actividad sea de iniciativa pública o privada “la cual consiste en transformar alguna clase de energía (térmica, mecánica, luminosa, entre otras) en energía eléctrica” (Dammert, A., Molinelli, F. y Carbajal, 2011, p. 22)

La generación de energía eléctrica puede provenir de fuentes convencionales de energía (generación hidráulica), fuentes no convencionales de energía (energía nuclear) y fuentes no convencionales de energía renovable (biomasa, eólica, geotérmica, etc.) (Torres, F.,

2016, p.189). En segundo lugar, tenemos a la actividad de “Transmisión”, la cual se encarga principalmente del transporte de grandes volúmenes de energía desde los generadores hacia los distribuidores o directamente desde los generadores hacia consumidores de grandes volúmenes de energía. Por otro lado, mediante la actividad de “Distribución” se “transporta el suministro del servicio eléctrico hacia los centros finales de consumo” (Dammert, A., Molinelli, F. y Carbajal, 2011, p.67). Es decir, llevará la energía eléctrica transportada por las redes de transmisión las cuales poseen un alto voltaje hacia los consumidores finales que requieren un voltaje menor.

Cabe resaltar que la naturaleza y principal función tanto del sector transmisión como de distribución es el de transportar la energía eléctrica en diferentes escalas de volumen y voltaje, en el caso peruano se ha incluido dentro de la actividad de distribución la función de comercializador minorista lo cual responde a una motivación regulatoria más no técnica. Finalmente, el ciclo de la energía eléctrica finaliza en la “Comercialización” representando un negocio de intermediación económica, según Torres Fernández “la actividad de comercialización consiste en la compra de energía eléctrica en el mercado mayorista y su venta en el mismo mercado o a los usuarios finales, regulados o no regulados, bien sea que desarrolle esa actividad en forma exclusiva o combinada con otras actividades del sector eléctrico, diferente de transmisión” (2016, p. 200). Si bien la figura del comercializador no tiene naturaleza técnica sino más posee una naturaleza empresarial o comercial es necesario incluirlo dentro de este apartado en tanto la energía eléctrica al ser un bien económico necesita un mecanismo que intermedie el cobro entre los diversos actores ya sea de forma conjunta -tarifas de transmisión, generación y distribución- o de forma individual -solo cobro de tarifas de generación.

Si bien el ciclo de la energía posee un esquema acorde a su naturaleza, a lo largo de estos años en el mundo se han ido formado diferentes tipos de “mercados eléctricos” entendiendo estos como *a mechanism by which suppliers and demanders of electricity interact to determine price and quantity of electrical energy or electrical power* (Kiyak, C., y De Vries, A., 2017, p.569). En el diseño regulatorio de los mercados eléctricos prima un componente técnico -acorde al ciclo de la energía eléctrica- muy importante pero finalmente es decisión de cada Estado escoger el modelo regulatorio que va a optar por implementar dentro de sus fronteras; ya que además existen componentes sociales, políticos y/o económicos que van a incidir en la decisión estatal de uno u otro diseño del mercado eléctrico.

De acuerdo con Roberto Santivañez en su libro *Electricity Deregulation and Privatization in Peru*, en el caso peruano nos encontramos frente a un modelo de competencia mayorista. El cual se compone de tres segmentos: generación, transmisión y distribución; sobre el caso que nos acontece es pertinente señalar que la actividad de generación no está constituida como un servicio público y los títulos habilitantes para su ejercicio se encuentran regulados en el Artículo 3° de la LCE.

Siendo una de las principales características de este modelo de competencia mayorista el acceso abierto¹⁴ a nivel transmisión posibilitando que el suministro de energía de las generadoras hacia los usuarios libres o distribuidoras no se limite por cuestiones geográficas, es decir una generadora ubicada en el norte del país podrá suministrar energía eléctrica a un cliente libre que se encuentre en el sur del país. Asimismo, al eliminarse “la entidad de compra” permite a las compañías de distribución y los grandes consumidores comprar electricidad al por mayor y en grandes bloques directamente de los generadores, existiendo una comercialización de tipo mayorista; quedando relegada la comercialización minorista o de bajo consumo a un monopolio controlado por el distribuidor (Santivañez, R. 2001, p.28).

Finalmente, como una de las grandes particularidades del modelo de competencia mayorista es que “se caracteriza por un Pool obligatorio (*mandatory pool*), es decir, se cuenta con un operador centralizado del sistema que realiza el despacho¹⁵ (...) un Pool es una manera de introducir mecanismos de mercado, donde se iguala la oferta y la demanda para un mismo período, sin tomar en cuenta las transacciones financieras que existan entre las partes.” (Dammert, A., Molinelli, F. y Carbajal, 2011, p. 135). Es decir, en palabras de los autores, la energía producida por los generadores entrará en una “piscina” y a partir de ella se repartirá indistintamente a los usuarios demandantes, “lo que en la práctica significa que el despacho de energía es completamente independiente de los contratos financieros” (Dammert, A., Molinelli, F. y Carbajal, 2011, p. 135).

¹⁴ De acuerdo con ARIZTÍA LARRAÍN “podemos definir el acceso abierto como aquel mecanismo legal en virtud del cual, al cumplirse determinadas condiciones establecidas en la normativa eléctrica, los propietarios de instalaciones de los sistemas de transmisión se ven en la obligación de permitir el acceso a otros agentes del mercado eléctrico, bajo condiciones técnicas y económicas no discriminatorias, pero a cambio de pagar un peaje o remuneración por dicha utilización” (2016, p.47)

¹⁵ De acuerdo al “Glosario de abreviaturas y definiciones utilizadas en los procedimientos técnicos del COES SINAC” se entiende tal concepto como la ejecución de la operación en tiempo real, con acciones preventivas y/o correctivas dispuestas por el Coordinador con la finalidad de mantener el equilibrio entre la oferta y la demanda del Sistema.

Una vez adoptado el modelo de competencia mayorista por el gobierno de turno¹⁶ se debió crear las condiciones necesarias para el funcionamiento bajo el modelo de mercado escogido. De esta manera, se optó por la implementación progresiva del *mandatory pool* a través de la LCE estableciendo que “los titulares de las centrales de generación y de sistemas de transmisión, cuyas instalaciones se encuentren interconectadas conformarán un organismo técnico denominado COES con la finalidad de coordinar su operación al mínimo costo, garantizando la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos”.¹⁷

De acuerdo con Cairampoma y Villegas, “inicialmente, en Perú existían dos Sistemas Interconectados importantes los cuales tenían Comités de Operación Económica del Sistema (COES), correspondientes a la zona centro norte y otra correspondiente al sur del país” (2018, p. 32). Es decir, en los inicios del COES como operador, la administración y operación estaba dividida en un COES que administre los sistemas Centro Norte (COES-SICN) y otro que administre los sistema Sur Oeste (COES-SISO), ambos bajo la calificación de organismo técnico, y a pesar de la separación geográfica, la finalidad continuaba siendo la operación al mínimo costo, garantizar la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos; cabe resaltar que, hasta este momento el organismo técnico se conformaba únicamente por Generadores y Transmisores por lo cual sus decisiones comprendían solo a ambos sujetos¹⁸. Por otro lado, respecto a las transacciones de electricidad que comprendan clientes que no sean de Servicio Público se les denominó Mercado no Regulado¹⁹ y se designó que los precios no se encontraban regulados o reglamentados por Ley.

Posteriormente, mediante la emisión del Decreto Supremo N° 011-2001 EM²⁰, se toma en consideración que la LCE al establecer un régimen de libertad de precios deberá garantizar las condiciones de competencia e intereses de los usuarios; por lo cual concluye que es necesario que el COES cuente con dos veedores “uno de ellos como representante de los distribuidores y otro como representante de los clientes sujetos a un régimen de

¹⁶ Utilizamos esta referencia debido a que para la emisión de la LCE fue utilizado un Decreto Ley, de acuerdo con Marcial Rubio en “El Sistema Jurídico Introducción al Derecho”, este tipo de instrumentos son emitidos por el Gobierno de Facto para poder hacer uso de la función legislativa, la cual no puede ejercida por el Congreso debido a la situación de facto.

¹⁷ Artículo 39° de la LCE derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 28832.

¹⁸ Artículo 32° de la LCE: “Los integrantes del COES están obligados a cumplir las disposiciones que emita dicho Comité”

¹⁹ Categorizado de tal manera por el numeral 8 del Anexo de la LCE.

²⁰ Mediante el cual se modifican los Artículos 84°, 85°, 86°, 88° y el inciso m) del Artículo 91°; y, se adiciona el inciso n) al Artículo 91° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM.

libertad de precios”²¹ siendo parte del Directorio del COES teniendo derecho a voz pero no a voto. De esta manera, podemos ir observando como la administración se da cuenta de la necesidad de ir integrando paulatinamente a los clientes sujetos a un régimen de libertad de precios y a los distribuidores.

Finalmente, se logra la integración del sistema interconectado de tal manera que incluya a generadores, transmisores, distribuidores y clientes libres como integrantes del sistema, y que la Operación del Sistema en tiempo real sea operada exclusivamente por el COES en representación de todos los integrantes del sistema²² se da mediante la promulgación del Decreto Supremo N° 039-2001-EM²³. De esta manera, desde la emisión de tal instrumento el COES como Operador del Sistema en Tiempo Real de los generadores, transmisores, distribuidores y clientes libres, siendo sus decisiones de cumplimiento obligatorio por el Artículo 32° de la LCE.

A pesar de los avances realizados por regular un sistema de operación que permita gestionar adecuadamente la oferta y la demanda de energía eléctrica, lamentablemente en el año 2004 se produjo un crecimiento no previsto de la demanda el cual fue acompañado de una baja afluencia hidrológica, teniendo como consecuencia directa un incremento notable de precios de corto plazo, razón por la cual no se renovaron los contratos entre las generadoras y ciertas distribuidoras produciendo una crisis en el sistema (García R., Nario, T. y Flores, C., 2010, p.141). Cabe resaltar, que tal situación fue resuelta mediante instrumentos excepcionales²⁴ con el objetivo de crear un ambiente propicio para que las empresas distribuidoras puedan retirar energía del sistema y estas sean forzosamente asignadas entre las empresas generadoras estatales, esta situación de crisis continuó repercutiendo en el SEIN durante los posteriores años, por lo cual el legislador se vio en la necesidad de plantear una reestructuración del sistema.

Es así como nace, el 23 de julio de 2006 la Ley N° 28832 mediante la cual se produjo una gran reforma respecto a su naturaleza, conformación y atribuciones, derogando todo lo referente al COES de la LCE y su Reglamento y pasando a ser regulado por el instrumento mencionado. Mediante el Artículo 12° de la Ley N° 28832, se clarifica la naturaleza y

²¹ Consideraciones iniciales del DS N° 011-2001-EM publicado el 18/09/2000.

²² En la anterior regulación la función de Operador del Sistema en tiempo real fue designada a los titulares de Transmisión situación que posteriormente fue modificada debido a que no representaba necesariamente los intereses de los otros integrantes.

²³ Mediante el cual se modifica el Artículo 92° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-93-EM.

²⁴ Como fue el caso del Decreto de Urgencia N° 007-2004.

función del *mandatory pool* peruano, estableciendo que el COES tendrá “por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo”²⁵ modificando su naturaleza jurídica de organismo técnico a la calificación de una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público añadiendo que las decisiones tomadas por esta entidad son de cumplimiento obligatorio por los Agentes.

Por otro lado, se incluyen las anteriores modificaciones respecto a los integrantes del sistema, manifestando que el COES estará integrado por Generadores, Transmisores, Distribuidores y Usuarios Libres (denominados ahora Agentes del SEIN) y se crea el Mercado de Corto Plazo (en adelante, “MCP”) definiendo este como “mercado en el cual se realizan las Transferencia de potencia y energía, determinadas por el COES”²⁶, de esta manera se institucionaliza finalmente el espacio en el cual se vende y compra energía a “Costo Marginal de Corto Plazo nodal” en base a las determinaciones de inyección y retiro realizadas por el COES. Finalmente, mediante la Ley N° 28832 se modifica el Artículo 43° de la LCE manifestando que estarán sujetos a regulación de precios la transferencia de potencia y energía entre generadores determinadas por el COES y los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los Distribuidores y Usuarios Libres.

Mediante esta reforma el COES reafirma su rol como operador del sistema siendo el encargado de la administración del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, SEIN) con la finalidad de coordinar su operación al mínimo costo, garantizando la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos en el mercado a corto plazo, por lo cual despliega sus funciones y atribuciones dentro de este espacio. Por lo cual, ya habiendo explicado y aclarado los puntos tratados en los párrafos precedentes procederemos a centrarnos en el análisis del caso.

Como hemos podido ir notando las relaciones jurídicas entre los actores del mercado eléctrico son diversas y, debido al fuerte componente regulatorio, cada una de estas actividades representa un nicho delimitado con diferentes reglas y fundamentos técnicos,

²⁵ Artículo 12° de la Ley N° 28832

²⁶ Numeral 15 del Capítulo Primero de la Ley N° 28832

entrar a detalle sobre cada una de ellas excedería el objeto del presente trabajo; por lo cual, centraremos nuestro análisis en la relación surgida en el marco de la actividad entre un usuario no regulado demandante de energía, una generadora productora de energía llamada a “despachar” y el COES como operador del sistema.

Consideramos que la decisión tomada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y confirmada por el TSC es acertada parcialmente por las siguientes razones:

1. El COES es una asociación privada sin fines de lucro que ejerce función administrativa.

A modo de repaso de lo previamente explicado sabemos que “el proceso de restructuración y reforma del sector eléctrico se ha desarrollado alrededor del mundo (...) con el fin de obtener una mayor eficiencia en el manejo del mercado [conduciendo] a procesos de desregulación del sector y de desintegración vertical de empresas” (Estrada, M., Aramburo, S., y Álvarez, L., 2012). Es así como el mercado del sector eléctrico peruano pasó de ser manejado por una única gran empresa, de titularidad estatal, que controlaba los tres principales segmentos eléctricos a desintegrarse verticalmente en las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, permitiendo la actividad privada en cada una de estas.

De esta manera, el Gobierno de turno entendió la necesidad de renovar la estructura del sector eléctrico permitiendo la separación de actividades y la introducción de agentes privados al sector; ante tal situación optó, por un lado, por continuar calificando como servicio público las actividades de distribución, transmisión y comercialización hacia usuarios regulados²⁷ considerándolas de acuerdo a la LCE como actividades de utilidad pública; y por otro lado, permitió la liberalización de las actividades de generación y comercialización hacia usuarios que no pertenecían al suministro de servicio público por los límites de potencia establecidos en ese tiempo. Esto último no significó que el Estado no estuviera presente dentro de tales actividades, sino que por el contrario, como ocurre con los procesos de liberalización comúnmente, se construyó un sistema altamente regulado con el propósito de alinear la actividad de las empresas hacia los fines que buscaba el Estado, debido a que “la liberalización de estos sectores genera desafíos en el diseño de mercado óptimo que permitan tomar en cuenta dichas interdependencias, las

²⁷ Artículo 2° de la LCE

cuales pueden ser de corto plazo relacionado con la operación de la red, o de largo plazo influyendo sobre la decisión de inversiones.” (Vásquez, A., Tamayo, J., Vilches, C., y Chávez, E., 2016, p.19)

Debido a la interdependencia de tales actividades se hizo necesaria la creación de una entidad de coordinación denominada COES, el cual mediante gestión técnica pueda asegurar el suministro de electricidad (Cairampoma, A., y Villegas, P, 2018, p. 32), entidad que en su inicio únicamente se calificó como organismo técnico sin precisar mayores alcances sobre su naturaleza y se dedicó a administrar las relaciones entre generadores y transmisores y, por ende a determinar y valorizar las transferencia de potencia y energía entre estos²⁸.

Por lo cual, luego de la publicación de la Ley N° 28832 se constituyó al COES como una entidad privada, sin fines de lucro con personería de Derecho Público, encontrándose conformada por todos los Agentes del SEIN²⁹ (denominación genérica dada al conjunto de Generadores, Transmisores, Distribuidores y Usuarios Libres) teniendo como órgano supremo a la Asamblea compuesto por los Agentes del SEIN, agrupados en cuatro subcomités (uno de Generadores, uno de Distribuidores, uno de Transmisores y uno de Usuarios Libres) los cuales decidirán, entre otras cosas, la aprobación y modificación de su estatuto de gestión interna.³⁰

De acuerdo con Lopez de Castro existen oportunidades que “la Administración acude a la colaboración del sector privado por razones diversas, entre otras, por sus recursos escasos, por el carácter de elevada especialización técnica de ciertas actividades y por la mayor eficiencia que pudiera tener en ocasiones la gestión privada” (Lopez de Castro, L, 2009, p.143) la autora reconoce dos datos comunes en este tipo de colaboración de personas privadas en el ejercicio de funciones públicas, en primer lugar, la actividad constituye una función pública mas no es una tarea de interés público y, en segundo lugar, la persona privada que realiza la actividad lo hace con sus propios medios y en nombre propio, finalmente destaca la autora que en el caso de estos “colaboradores” es necesario diferenciar de aquellas personas privadas que solo ejercen actividades materiales actuando como auxiliares de la administración de aquellos que ejercen efectivamente

²⁸ Artículo 40° inc. “d” de la LCE derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 28832.

²⁹ Artículo 12.2° de la Ley N° 28832 “El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público. Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes.”

³⁰ Artículo 16° de la Ley N° 28832

función pública, entendiendo esta como actos de autoridad que se imponen de forma vinculante sobre los sujetos en nombre del propio colaborar.

Asimismo, Gallego Anabitarte nos comenta que antiguamente el ejercicio por particulares de actos de autoridad era excepcional en el derecho administrativo tradicional, no obstante desde la etapa de modernización de la Administración Pública este fenómeno empieza a extenderse trayendo como consecuencia el ejercicio de autoridad por particulares en virtud de traslados de funciones públicas (con base en la ley y en autorización posterior) por la Administración, tales entidades se les denominará entidades colaboradoras. (Gallego Anabitarte, A., 2007, p. 291).

Este fenómeno que refieren los autores se ve materializado en la creación y asignación de atribuciones significativas al COES, constituyendo a tal entidad como una entidad colaboradora que ejerce función pública o administrativa³¹. De esta manera, a modo de ir delimitando la naturaleza del coordinador del sistema tanto Cairampoma y Villegas como Cáceres Freyre (2001, p.357) coinciden en señalar que el COES -como entidad- representa lo que en doctrina española se denomina una Administración Corporativa. Entendiendo esta como “una figura jurídica presente en el ordenamiento jurídico español, por el cual se alude a un sujeto de derecho público integrado por distintas personas que comparten intereses comunes que resultan relevantes al interés público razón por la cual se les otorga prerrogativas de derecho público” (Cairampoma, A., y Villegas, P, 2018, p. 33).

Tesis que consideramos correcta debido a que de lo visto -en el apartado preliminar- el COES se constituye como una entidad privada sin fines de lucro con personería de Derecho Público, la cual es conformada por agentes privados y públicos, los cuales se autoorganizan de manera interna para el cumplimiento de actividades en el marco de la Ley N° 28832, la LCE sus reglamentos y otras normas que faciliten el cumplimiento de su finalidad³².

³¹ En la literatura española es común encontrar la utilización del término “función pública” como definición del ejercicio de actividad administrativa o función administrativa, no obstante, tanto en nuestra legislación y doctrina se ha optado por utilizar tal término en relación a la actividad ejercida por funcionarios públicos, por tal motivo, a efectos de no complicar la lectura y, consecuente, análisis optamos por utilizar el término función administrativa refiriéndonos al mismo que función pública.

³² Artículo 7.2° del Reglamento COES “El COES se rige por su Estatuto, en el marco de la Ley, LCE, los Reglamentos y aquellas otras normas que faciliten el cumplimiento de su finalidad”.

De esta manera, podemos observar que de acuerdo a la doctrina el coordinador del sistema al calificar dentro del concepto de Administración Corporativa funge como entidad colaboradora que ejerce función pública con sus propios medios y en nombre propio, de acuerdo a lo advertido por los autores Cairampoma y Villegas en la normativa peruana no se recoge el concepto de Administración Corporativa por lo que debemos preguntarnos bajo qué concepto normativo se encuentra regulado el COES a fin de determinar su efectivo ejercicio de función administrativa.

Según el Artículo 1° del TUO LPAG estaremos frente a una entidad de la Administración Pública en el ejercicio de función administrativa cuando estemos ante el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, Gobiernos Regionales, las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia, entre otras. Sobre este aspecto Abruña ha manifestado que “puede admitirse la delegación de función pública en sujeto jurídico-privado con dos condiciones a) que el instrumento de delegación tenga rango de ley, o que previamente se haya habilitado por ley al organismo respectivo y b) que el ejercicio de la función se cumplan con los requisitos formales propios del ejercicio de poder público” entendiendo este último punto como el sometimiento a la Ley y al Derecho; control contencioso-administrativo; sometimiento al principio de igualdad; producción de los actos administrativos por el procedimiento adecuado; entre otros. (Abruña, A., 2010, p.95)

Asimismo, siguiendo la línea trazada por Abruña el COES cumple con los requisitos de delegación de función, y por ende se encuentra comprendido dentro del Artículo 1° del TUO LPAG, debido a que su delegación fue mediante norma con rango de ley a través del Artículo 39° del Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas y posteriormente complementado por el Artículo 12° de la Ley N° 28832. Asimismo, cumple con el segundo manifestado por Abruña al ejercer su funciones bajo los requisitos formales propios del ejercicio de poder público, de esta manera mediante el D.S N° 027-2008-EM “Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema” se establece que el COES se regirá, además de su Estatuto, en el marco de la Ley N° 25844, la LCE, los Reglamentos y aquellas otras normas que faciliten el cumplimiento de su finalidad, además de la observancia al TUO LPAG bajo mandato del párrafo segundo del numeral

octavo del Artículo I de tal instrumento.³³ Por lo cual, de lo visto en esta sección concluimos que el COES es una entidad de la Administración Pública al ser una persona jurídica bajo el régimen privado que ejerce función administrativa en virtud delegación conforme a la normativa de la materia.

2. El COES es una asociación privada sin fines de lucro que ejerce función administrativa y dicta actos administrativos cuando valoriza las transferencias de potencia y energía.

Ahora bien, una vez que tenemos claro que el COES es una entidad de derecho privado que ejerce función administrativa interesa analizar las atribuciones que fueron delegadas a fin de ir delimitando nuestro objeto de estudio, de tal manera se le asignó al coordinador del sistema dos funciones principalmente: la primera, denominada funciones de interés público tales como la elaboración de la propuesta del Plan de Transmisión para su aprobación por el Ministerio, la elaboración de los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo, para su aprobación por OSINERG³⁴; entre otros. Y la segunda, denominadas funciones operativas siendo estas el desarrollar los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, así como disponer y supervisar su ejecución, la coordinación de la operación en tiempo real del SEIN; el cálculo de los costos marginales de corto plazo del sistema eléctrico; la determinación y valorización de las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES; la administración del Mercado de Corto Plazo, entre otras.³⁵

Retomando el concepto de función pública o función administrativa, sabemos que esta puede manifestarse mediante diversas formas tales como el reglamento, el acto administrativo, el acto de administración interna, el hecho administrativo, entre otros, respecto al caso que nos acontece resulta relevante identificar frente a qué manifestación de la función pública nos encontramos en el caso de la determinación y valorización las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES y los efectos jurídicos derivadas de ella. De acuerdo con, Cáceres Freyre el COES “es un ente que, al realizar la función de administrar técnicamente el sistema interconectado, se encuentra

³³ “Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.”

³⁴ Artículo 13° de la Ley N° 28832.

³⁵ Artículo 13° de la Ley N° 28832.

regido por el Derecho Administrativo y, en consecuencia, sus actos serán actos administrativos y sus normas reglamentos administrativos”.

Por lo cual, en este apartado deberemos analizar la forma jurídica en la que se enmarca la valorización de precios efectuadas por el COES con la finalidad de determinar si sus alcances y efectos jurídicos corresponden a un acto administrativo, para lo cual, luego de estudiar la doctrina referente al acto administrativo, deberemos entrar a detalle sobre el mecanismo de determinación y valorización. Ahora bien, de acuerdo con el Artículo 1° del TUO LPAG “son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (...). De acuerdo con Morón Urbina, en la LPAG se aprecian con nitidez seis elementos del acto administrativo, los cuales serán detallados conforme a su descripción (2020, p. 185):

1. **Son una declaración de cualquiera de las entidades**, se entiende al acto administrativo como el resultado jurídico de un proceso de exteriorización intelectual que es emanado de cualquiera de los órganos de las entidades, para concretar en un supuesto específico la potestad conferida por la ley. Estas declaraciones se clasifican, citando a DROMI, en declaraciones decisorias (declaración de voluntad, de deseo o requerimiento específico de la administración), declaraciones de conocimiento (se certifica un hecho de relevancia jurídica) y declaraciones de opinión (cuando se valora y se emite un juicio afirmativo o negativo sobre un hecho comprobado administrativamente).
2. **Destinada a producir efectos jurídicos externos**, sólo mediante el acto administrativo la autoridad puede crear, reconocer, modificar, transformar o cancelar intereses, obligaciones o derechos de los administrados a partir del contenido del acto que aprueba. Asimismo, estos efectos jurídicos se caracterizan por dirigirse hacia el exterior de la organización administrativa hacia sus administrados.
3. **Que sus efectos recaigan sobre derechos, intereses y obligaciones de los administrados**, serán actos administrativos aquellas decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, en sus derechos, intereses u obligaciones.

4. **En una situación concreta**, los efectos subjetivos que producen son concretos, de materia y situación jurídica-administrativa específica.
5. **En el marco del Derecho Público**, la actuación administrativa ha de estar sujeta a los preceptos del Derecho público, que no es otra cosa que ser realizada en el ejercicio de la función administrativa; de tal manera se califica al acto la potestad pública que a través de ella se ejerce.
6. **Puede tener efectos individualizados o individualizables**, con el fin de que al momento de su ejecución se encuentre individualizados.

De acuerdo con Perilla-Zamudio “puede concebirse al acto jurídico como toda manifestación de voluntad tendiente a la producción de efectos jurídicos, por parte de quien tiene competencia o capacidad para tal cometido, lo cual sucede en ejercicio de la función administrativa. (Gómez Cardona, 1993)” (2015, p. 178) Por lo cual, podemos ir delimitando el concepto de acto administrativo como la emanación de la voluntad propia una entidad administrativa en el ejercicio de la función administrativa la cual constituye efectos jurídicos externos concretos sobre los interés, derecho u obligaciones de sus administrados.

Finalmente, según el Artículo 3° del TUO LPAG dentro de los requisitos de validez se exige que esta manifestación sea emitida por la autoridad competente; su objeto deberá poder determinarse inequívocamente de tal manera que se puedan identificar sus efectos jurídicos; la emisión del acto deberá tener finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor; la manifestación deberá estar debidamente motivada en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico; y finalmente, antes de su emisión el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

En el presente caso el acto de valorar las transferencias de potencia y energía por el COES es cuestionado y considerado por CASAPALCA como una determinación de pagos que genera efectos meramente comerciales, consideramos que tal afirmación es incorrecta, ya que las valorizaciones son actos administrativos. Ya teniendo la base teórica correspondiente al acto administrativo nos queda entrar a detalle sobre el mecanismo de valorización a fin de determinar si efectivamente nuestra tesis que constituyen actos administrativos es correcta.

La valorización de las transferencias de potencia y energía de los generadores integrantes se desprende de la potestad administrativa delegada al COES en primera instancia por el ya derogado Artículo 40° de la LCE³⁶, especificando su competencia en valorización de energía mediante el Artículo 107° del RLCE³⁷ al manifestar que: “la valorización de las transferencias de energía entre los generadores integrantes por la operación económica del sistema y que no comprende los contratos previamente establecidos, será efectuada y registrada por el COES en forma mensual, de acuerdo al siguiente procedimiento (...) El valor resultante, sea positivo o negativo, constituir el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante”. Por otro lado, sobre la valorización de potencia se establece mediante el Artículo 108° del RLCE que “el valor económico de la transferencia de potencia entre los generadores integrantes de un COES será determinado tomando en cuenta (...) El valor económico de la transferencia de potencia es igual al Ingreso por Potencia, constituido por la suma de los ingresos señalados en a) y b), menos los egresos señalados en c). Dicho valor se constituirá en el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante.” En ambos supuestos de valorización se establece que cada integrante que obtenga un saldo neto mensual negativo, pagará dicha cantidad, dentro de los siete (07) días calendario del mes siguiente, a todos los integrantes que tengan saldo positivo, en la proporción en que cada uno de estos participe en el saldo positivo total del mes.

Esta potestad administrativa delegada es reafirmada de acuerdo con el Artículo 14° literal “g” de la Ley N° 28832 emitida en el año 2006, en el cual se establece que el COES tendrá a cargo la función de valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES. De acuerdo con el Artículo 48° del Estatuto COES, la Dirección Ejecutiva³⁸ estará encargada, entre otras cosas, de valorizar las transferencias de potencia y energía entre los Integrantes, que resulten de la operación al mínimo costo del conjunto del sistema y determinar y valorizar las transacciones entre los Integrantes en el Mercado de Corto Plazo.

Por otro lado, se constituye mediante la modificación de la Ley N° 28832 al Artículo 43° de la LCE que estarán sujetos a regulación de precios: “a) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo con lo

³⁶ Por la Ley N° 28832

³⁷ Vigente a la fecha del desarrollo del caso, pero posteriormente derogado por el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 027-2011-EM al aprobar un nuevo procedimiento de valorización.

³⁸ Según el Artículo 44.1° del Estatuto COES “la Dirección Ejecutiva es el principal órgano de gerencia y administración del COES, la cual estará a cargo de un Director Ejecutivo, quien, en su desempeño, debe actuar de manera independiente e imparcial, con criterio técnico y estricta observancia a las normas aplicables, este Estatuto y a los Procedimientos del COES.”

establecido en el Artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. (b) Los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los Distribuidores y Usuarios Libres, los mismos que serán determinados de acuerdo con lo establecido en el Artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.”

Ahora bien, para el cumplimiento de estas funciones atribuidas el COES deberá observar los “Procedimientos Técnicos” referentes a la valorización de potencia y energía. Específicamente, el “Procedimiento N° 10 - Valorización de las transferencias de energía activa entre generadores integrantes del COES” en el momento de los hechos suscitados se encontraba recogido en la R.M N° 143-2001-EM-VME y el Procedimiento N° 30 - Valorización de las transferencias potencia” en el momento de los hechos suscitados se encontraba recogido en la R.M N° 322-2001-EM-VME.

Finalmente, sobre este procedimiento de valorizaciones de potencia y energía de acuerdo con el Artículo 11° del Estatuto COES “cualquier Integrante Registrado podrá impugnar las decisiones de la Dirección Ejecutiva, emitidas directamente por esta o a través de la Dirección de Operaciones o de la Dirección de Planificación de Transmisión, **siempre que estén destinadas a producir efectos sobre sus intereses, obligaciones o derechos dentro de una situación concreta.** Las decisiones que resuelvan el recurso de impugnación contra decisiones de la Dirección Ejecutiva son obligatorias para todos los Integrantes Registrados del COES.” (el énfasis es nuestro) tal impugnación podrá hacerse mediante recurso de apelación o reconsideración para lo cual el integrante tendrá un plazo de quince (15) días hábiles para interponerlo.

Debido al análisis realizado consideramos que las valorizaciones de potencia y energía efectuadas por el COES tienen la calidad de acto administrativo, por las siguientes razones.

1. Siguiendo la línea trazada por Morón las valorizaciones de potencia y energía **constituyen una exteriorización intelectual de una entidad de la administración pública que es el COES**, asimismo las valorizaciones están destinadas a producir efectos jurídicos externos mediante **la creación de un derecho a favor del generador que posee un saldo positivo y una obligación de pago para el generador que obtuvo un saldo negativo.** Asimismo, los efectos de las valorizaciones de potencia y energía recaen de manera concreta

sobre los derechos y obligaciones de determinados generadores productores de energía (los que fueron llamados a despachar, individualizándolos). Por otro lado, las valorizaciones se dan en el marco del derecho público al ejercer función administrativa en base a la potestad atribuida por la LCE, el RLCE y la Ley N° 28832.

2. Por otro lado, tales valorizaciones -como acto administrativo que son- son generadas como consecuencia del procedimiento administrativo regulado en los Artículos 107° y 108° del RLCE, así como en cumplimiento de los Procedimientos Técnicos N° 10 y N°30; por lo cual deberán ser emitidas por el órgano competente -en este caso la Dirección Ejecutiva- de manera motivada y con la finalidad, de interés público, de asegurar la continuidad de pagos entre generadores en el Mercado a Corto Plazo, ya que la falta de determinación de estos tendría como consecuencia incertidumbre sobre las obligaciones de pago entre las generadoras lo cual generaría desconfianza en el SEIN y afectaría el correcto funcionamiento del mercado eléctrico.

Por los motivos expuesto afirmamos que las valorizaciones de potencia y energía deben ser calificadas como actos administrativos con lo que se derivarían efectos jurídicos de obligatorio cumplimiento³⁹, es decir que mediante las valorizaciones de potencia y energía -en palabras de Perilla-Zamudio- han de considerarse como una manifestación de voluntad de la Administración tendiente a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos (2015, p. 179). Morón manifiesta que los actos administrativos aluden al concepto de “ejecutividad” para señalar que estos son eficaces, vinculantes y/o exigibles por contener una declaración de voluntad de la autoridad pública (2020, p. 109), tal idea es reafirmada por nuestra regulación al contemplar en el Artículo 192° del TUO LPAG⁴⁰.

Ahora bien, hemos concluido que el COES es una asociación privada sin fines de lucro que ejerce función administrativa y dicta actos administrativos cuando valoriza las transferencias de potencia y energía, por lo cual queda descartado la tesis que sustenta que tales valorizaciones solo generan relaciones comerciales. Respecto al caso en

³⁹ Esta posición es recogida en la Resolución del TSC N° 005-2007-TSC en la cual se resuelve un caso determinación de pagos de conformidad con la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (NCTSE), la cual también se delegada al COES y su estructura de determinación responde a una lógica similar a la expuesta.

⁴⁰ “Los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.”

concreto tanto el Colegiado y el TSC coinciden en este punto, si bien no hacen uso del concepto de acto administrativo en sus Resoluciones emitidas, en este apartado hemos visto por conveniente profundizar en su naturaleza y constitución, ya que consideramos que para llegar a la conclusión de la obligatoriedad de las valorizaciones de potencia y energía se tiene que desprenderse necesariamente de la teoría de la función administrativa, el ejercicio de las potestades administrativas atribuidas y manifestadas mediante acto administrativo.

Luego de afirmar el Colegiado y el TSC que efectivamente las valorizaciones de transferencias y potencia de energía constituyen una obligación hacia el generador que posea un saldo negativo concluyen que las revalorizaciones recaídas en los informes N° COES/DO/STR-177-2009, N° COES/DO/STR-020-2010, N° COES/DO/STR-176-2009 y N° COES/DO/STR-202-2009 fueron efectuadas conforme al procedimiento establecido en el PR-10 y por lo tanto no se implementó ningún procedimiento especial como lo argumentó CASAPALCA para valorizar el pago. Es en este punto en que diferimos parcialmente con el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y el Tribunal por lo que procederemos a explicar las razones que sustentan nuestra posición.

3. ¿Las revalorizaciones efectuadas por el COES fueron emitidas conforme al procedimiento establecido?

Recordemos que el COES tiene como mandato operar el sistema al mínimo costo⁴¹, por lo cual el despacho diario ordenado no coincidirá necesariamente con el suministro pactado -mediante Contrato de Suministro a Precio Libre o *Power Purchase Agreement* (en adelante, “PPA”)- entre el generador y su cliente. Esta situación de hecho generada por la regulación sectorial ocasiona que luego de un determinado tiempo exista un generador que fue llamado a despachar por encima de su potencia y energía comprometida, y, por otro lado, un generador que no fue llamado a despachar, pero en base a su PPA suscrito con su cliente recibirá un pago directamente de su cliente por la energía que se comprometió a inyectar pero que en realidad no inyectó. Por lo cual, se previó que el mejor mecanismo de pago para saldar tales deudas sería establecer obligaciones solo entre generadores, de tal manera que el COES en el ejercicio de las

⁴¹ De acuerdo con Okumura (2015) esto es “ordenando el despacho de las centrales de generación en función a su[s] C[ostos] V[ariables], de la más barata a la más cara. De esta manera, las centrales con menor C[ostos] V[ariables] se despacharán primero, para luego dar paso a las más caras en orden ascendente, y obtener una operación eficiente en términos de costos, con los recursos energéticos disponibles”

potestades administrativas otorgadas determine y valore las inyecciones de energía y potencia y ordene el pago según estas.

Ahora bien, en el caso en concreto durante mayo de 2006 y febrero de 2009 el COES, bajo la lógica anteriormente expuesta, cuando CASAPALCA solicitó retirar energía del sistema asignó el despacho al generador que en ese momento le correspondía según su costo variable de operación y luego -al momento de liquidar los retiros y entregas- imputó tales retiros a ENERSUR de acuerdo al contrato suscrito con CASAPALCA, generando una obligación de pago entre generadores, específicamente entre ENERSUR y los generadores que fueron llamados a despachar (entre los cuales se encontraba ELECTROPERÚ). Tales valorizaciones fueron realizadas de acuerdo con el COES siguiendo los procedimientos establecidos en el Artículo 107° y 109° de la RLCE:

"Artículo 107.- La valorización de las transferencias de energía entre los generadores integrantes por la operación económica del sistema y que no comprende los contratos previamente establecidos, será efectuada y registrada por el COES en forma mensual, de acuerdo al siguiente procedimiento:

- a) Se efectuará la medición y/o los cálculos para determinar las entregas y retiros de energía de cada integrante;*
- b) La energía entregada y retirada por cada integrante será valorizada multiplicándola por el Costo Marginal de Corto Plazo correspondiente; y,*
- c) Para cada integrante, se sumarán algebraicamente todas las entregas y retiros valorizados ocurridos en el sistema durante el mes. Las entregas se considerarán con signo positivo y los retiros con signo negativo.*

El valor resultante, sea positivo o negativo, constituirá el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante."

Artículo 109.- El valor económico de la transferencia de potencia entre los generadores integrantes de un COES será determinado tomando en cuenta:

- a) Ingresos Garantizados por Potencia Firme requerida por el Sistema;*
- b) Ingresos Adicionales por Potencia Generada en el Sistema; y,*
- c) Egresos por Compra de Potencia al Sistema.*

El valor económico de la transferencia de potencia es igual al Ingreso por Potencia, constituido por la suma de los ingresos señalados en a) y b), menos los egresos señalados en c). Dicho valor se constituirá en el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante.

Todos los cálculos se efectuarán mensualmente y serán definitivos. En aquellos casos que involucren supuestos variables determinadas posteriormente al mes del cálculo, deberán contemplarse procedimientos de recálculo.”

No obstante, la situación generada por la resolución del contrato entre CASAPALCA y ENERSUR, generó un cambio en el panorama debido a que si bien la Resolución Arbitral fue emitida con posterioridad⁴² a las valorizaciones de mayo de 2006 a febrero de 2009 esta declaraba que la resolución realizada por ENERSUR⁴³ al contrato que tenía vigente con CASAPALCA, fue realizada correctamente, teniendo como efecto inmediato que las valorizaciones de mayo de 2006 a febrero de 2009 no puedan ser imputables a ENERSUR, ocasionando que los generadores que efectivamente inyectaron y que poseían un saldo positivo a su favor no pudieran efectuar el cobro a ENERSUR.

Consideramos que esta situación excedió a los supuestos ordinarios contemplados en las normas, ya que en ese momento la transferencia de potencia y energía -reguladas en principio por la LCE y el RLCE y luego por la Ley N° 28832- solo contemplaban un mecanismo de pago entre generadores. Es por ello, que las referencias en la LCE, el RLCE, la Ley N° 28832 y los Procedimientos Técnicos N° 10⁴⁴ y N° 30⁴⁵ son únicamente un procedimiento para las valorizaciones de pago entre generadores, más no se contempla un mecanismo que permita que el pago pueda darse directamente del usuario libre que retiró energía al generador que efectivamente realizó el despacho.

Recordemos que no era la primera situación en que el COES se veía comprometido en determinar y valorizar una situación que no se encontraba dentro de sus procedimientos. En el año 2004 debido a un crecimiento no previsto de la demanda el cual fue acompañado de una baja afluencia hidrológica hubo un incremento notable de precios de corto plazo, por lo que al no renovarse los contratos entre las generadoras y ciertas distribuidoras estas

⁴² Específicamente el 07 de enero de 2010.

⁴³ Que tuvo lugar el 20 de mayo de 2006

⁴⁴ “1. OBJETIVO: Determinar y valorizar las transferencias de energía activa entre generadores integrantes del COES.”

⁴⁵ “1. OBJETIVO: Determinar la valorización de las Transferencias de Potencia entre Generadores Integrantes del COES.”

generaron retiros sin respaldo contractual, por lo que tal situación fue determinada y valorada por un procedimiento determinado por instrumentos excepcionales como fue el caso del Decreto de Urgencia N° 007-2004.

Es así que, en vista de tales experiencias en aras de proteger el funcionamiento del mercado eléctrico y dotar al operador del sistema de mecanismos mediatos que permitan la correcta operación y valorización de las transferencias de potencia y energía, mediante el Artículo 6° del Reglamento COES se prevé que de producirse una situación no prevista en la aplicación diaria de los Procedimientos Técnicos el COES dispone las acciones que a su juicio y criterio técnico considere adecuadas. Por lo cual, entendiéndose que el COES tiene la potestad de ajustar la aplicación de los Procedimientos Técnicos a efectos de facilitar su rol -a efectos del caso en cuestión- no habría problema alguno de afirmar que el COES no hizo utilización del Procedimiento Técnico N° 10; de esta manera diferimos de lo manifestado por el Colegiado y el TSC únicamente en este aspecto. Debido a que, en primer término el uso del Procedimiento Técnico N° 10 sólo preveía un sistema de valorización entre generadores no entre un generador y un usuario libre, ni mucho menos un mecanismo de revalorización en caso de resolución contractual. En segundo lugar, el COES sí estaba facultado para aplicar un Procedimiento Técnico que permitirá la valorización entre un generador y un usuario libre bajo el alcance del Artículo 6° del Reglamento COES, lo cual no debe generar alguna duda sobre la validez de tales valorizaciones ya que el COES se encontraba habilitado según el Artículo 27.2° literal “j” del Reglamento COES para valorizar transferencias de todos los agentes que resulten de la operación a mínimo costo del conjunto del sistema (incluyendo a los Usuarios Libres) sin discriminar solo entre generadores.

Finalmente, debemos hacer mención que nos encontramos de acuerdo con el Colegiado y el TSC al manifestar que pese a que CASAPALCA recién se constituyó como Usuario Libre el 23 de mayo de 2012 de igual manera las valorizaciones eran exigibles a la Compañía Minera; debido a que, como ya lo habíamos dicho, el COES al ejercer función administrativa emite actos administrativos exigibles a sus administrados los cuales no se limitan únicamente a sus miembros integrantes sino que por la naturaleza propia del acto administrativo tiene efecto concretos sobre sus administrados, en este caso los Agentes del SEIN entendiendo estos -en el presente caso- como el conjunto de Usuarios Libres que se encuentren conectados al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional. Por lo cual, las decisiones emitidas por el COES serán exigibles en tanto la Compañía se encontraba

conectada al SEIN y realizaba sus operaciones de transferencia de potencia y energía en el MCP.

4.1.2. ¿El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc era competente para resolver el caso?

Lo alegado por las Partes y lo resuelto por la autoridad:

Como parte de los medios procesales de defensa CASAPALCA presentó una excepción de incompetencia en la cual el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del OSINERGMIN no tiene competencia para pronunciarse o resolver la controversia planteada por ELECTROPERÚ. En primer lugar, señalan que la función de controversia que posee OSINERGMIN, en el marco de la Ley Marco a los Organismo Reguladores de la Inversión Privada - Ley N° 27332 (en adelante, “LMOR”) comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados. De esta manera, según el Artículo 46° del Reglamento OSINERGMIN y el Artículo 2° del ROSC CASAPALCA argumenta que se determinan las competencias para resolver controversias surgidas entre Generadores y Usuarios Libres que se encuentren relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión, sujetos a supervisión, regulación y/o regulación.

Asimismo, la minera señala que del reclamo interpuesto por ELECTROPERÚ se solicita que OSINERGMIN ordene a CASAPALCA el pago de los montos que por retiros sin contrato fueron asignados por el COES, de tal manera el reclamo no tiene una controversia sobre aspectos técnicos, ya que ELECTROPERÚ reconoce la validez del procedimiento técnico donde se expidieron las valorizaciones como también reconoce las valorizaciones y asignaciones. En segundo lugar, alega que el reclamo no tiene una controversia sobre aspectos normativos y/o regulatorios, ya que ELECTROPERÚ solicita que se ordene el pago no teniendo competencia OSINERGMIN para determinar la existencia de obligaciones comerciales ni mucho menos exigir la ejecución de una obligación de naturaleza extracontractual.

De esta manera, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc señala que toda persona tiene derecho a que sus conflictos sean conocidos y resueltos por la autoridad competente de acuerdo con el Artículo 139° de la Constitución Política. Mencionan que en el caso de la autoridad administrativa al igual que la judicial se encuentran es una competencia inaplazable,

irrenunciable e indisponible, por constituir principio elemental del derecho a que cualquier ciudadano obtenga una decisión sobre la materia que ha planteado la autoridad administrativa. El conflicto en cuestión cumple con el requisito subjetivo debido a que es una controversia entre un generador y un usuario libre. Sobre el requisito objetivo es decir que la controversia esté relacionada con aspectos técnicos, regulatorios o normativos, el Colegiado Considera que la controversia si posee aspectos regulatorios y normativos debido al originarse la presente controversia por retiros de potencia y energía efectuados en el Mercado a Corto Plazo el cual es administrado por el COES y al estar estos retiros sujetos a regulación de precios, la mencionada controversia resulta relacionada con temas regulatorios.

Asimismo, la controversia también está relacionada a aspectos normativos en tanto atañe a reglas y mecanismos que definen la operación del MCP que están determinadas por la normativa sectorial y tal cumplimiento deberá ser garantizado por el OSINERGMIN. El TSC en segunda instancia confirma tal posición y manifiesta que si bien la pretensión y la obligación de pago de la que emana son de índole regulatorio y normativo por tanto la controversia está relacionada a temas regulatorios y normativos y no civil.

Consideramos que la decisión tomada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y confirmada por el TSC no fue adecuada por las siguientes razones:

1. La función de solución de controversias y el procedimiento administrativo trilateral.

El OSINERGMIN fue creado en 1997 mediante la Ley N° 26734 - Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (en adelante, “Ley N° 26734”) como “un organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad”⁴⁶ este fue uno de los luego denominados Organismos Reguladores por la LMOR⁴⁷.

La creación de Organismos Reguladores en diferentes sectores nacen como una respuesta al cambio de paradigma estatal que trajo consigo la Constitución Política del año 1993,

⁴⁶ Artículo 1° de la Ley N° 26734

⁴⁷ Artículo 2° de la LMOR “Organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera”

específicamente el Artículo 58^{o48} el cual define el modelo estatal como uno de economía social de mercado en el cual el Estado cumple la función de orientador en el desarrollo del país, en base a tal función el Artículo 60^{o49} establece el Principio de Subsidiariedad al señalar que debido a que el Estado ejercerá la función de orientador, en contraposición de un Estado Planificador, sólo estará autorizado mediante ley expresa a realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Es decir, el ejercicio de actividad empresarial recaerá principalmente en los agentes privados y el Estado orientará tal ejercicio, para lo cual utilizará la figura del Organismo Regulador con la finalidad de dirigir los intereses privados a la consecución del desarrollo del país.

De acuerdo con Danos, “como consecuencia de la referida reorientación del papel del Estado en la economía se crearon organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) (...) con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras” (2004, p. 60)

Lo señalado se reafirma mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N.º 0034-2004-AI/TC también conocida como la “Sentencia del medio pasaje”, la cual establece en el párrafo 24 que “la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en tomo a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de la libertad para la actuación de los individuos del mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva”.

Es así como con el nuevo paradigma económico el Estado deja a un lado un rol prestacional por lo que ahora cumple con una función de garante y regulador ahí es donde los Organismos Reguladores nacen como una necesidad técnica ante este nuevo rol

⁴⁸ Artículo 58 de la Constitución Política “Economía Social de Mercado. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

⁴⁹ Artículo 60 de la Constitución Política “Pluralismo Económico El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.”

estatal. Si bien es cierto que cada Organismo Regulador tiene bajo su competencia diferentes materias y especialidades, de acuerdo al Artículo 3° de la LMOR, tales organismos ejercerán las siguientes funciones:

- **Supervisora:** Verifican el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas. Así como también los mandatos impuestos en el marco de un procedimiento iniciado por el Organismo Regulador.
- **Fiscalizadora y sancionadora:** Mediante esta función los Organismos Reguladores tienen la facultad de imponer sanciones de sus ámbitos de competencia como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones por parte de terceros.
- **Normativo:** Manifiesta la facultad de dictar, dentro de sus competencias, reglamentos, normas que regulen procedimientos, mandatos, entre otros. Asimismo, comprende la facultad de tipificar las infracciones.
- **Regulador:** Es la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
- **Solución de controversias:** Concilia los intereses y resuelve los conflictos entre las entidades o empresas que se encuentren bajo su competencia y los usuarios del servicio.

En base a la atribución conferida por Ley N° 26734 y la LMOR el OSINERGMIN posee la función de solución de controversias, sobre esta Danos precisa que “a diferencia de otros países de nuestro entorno, no se admite que la administración pública pueda ejercer función jurisdiccional porque no lo permite la Constitución, la que reserva el ejercicio de dicha función al Poder Judicial y a otros órganos constitucionales (...) Por tanto, los citados Tribunales de Solución de Controversias que forman parte de los organismos reguladores no obstante resolver controversias entre empresas prestadoras privadas lo hacen en ejercicio de potestades administrativas” continúa “en nuestro medio la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General ha regulado de manera específica a los que denomina “procedimientos administrativos trilaterales” para encauzar aquellos supuestos en los que la ley confiere potestades a los órganos de la administración pública para resolver en sede administrativa controversias que enfrente a dos o más particulares entre sí” (2004, p. 78).

De tal manera, debemos entender tal función conferida al OSINERGMIN como la función de conciliar los intereses y resolver los conflictos entre las entidades o empresas que se

encuentren bajo su competencia y los usuarios del servicio⁵⁰ la cual será ejercida en última instancia administrativa por TSC otorgándole obligatoriedad a lo resuelto, constituyendo como precedente vinculante en materia administrativa. Asimismo, tal función de controversia deberá ser ejercida con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos⁵¹. Finalmente, de acuerdo a nuestra normativa el procedimiento mediante el cual se materializa tal función será denominado “procedimiento administrativo trilateral” y actualmente se encuentra regulado en el Artículo 229° del TUO LPAG entendiendo tal como “el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración (...) La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como “reclamante” y cualquiera de los emplazados será designado como “reclamado”.

Es importante profundizar en el procedimiento administrativo trilateral debido a que en tal figura recae la función de solución y mediante ella podemos conocer sus características y atribuciones generales antes de pasar a describir la regulación específica que se le otorga mediante los instrumentos sectoriales que ofrece OSINERGMIN. El procedimiento administrativo trilateral también conocido como procedimiento “cuasi-jurisdiccional” o triangular se “trata de una labor heterocompositiva similar a la de los órganos jurisdiccionales, por la existencia de un conflicto jurídico originado entre dos partes que recurren al órgano resolutor, el que pondrá fin a la controversia en sede administrativa; siempre, claro está, con las limitaciones que un procedimiento administrativo conlleva, pues lo resuelto en esta vía, podrá ser objeto de cuestionamiento en sede judicial. La administración canaliza esta función heterocompositiva a través del procedimiento administrativo trilateral” (Carrera, J., 2015, p. 2). Como primera característica de este procedimiento podemos destacar que es un procedimiento que mediante una labor heterocompositiva, entiendo esta como “una solución impuesta desde afuera, en la que interviene una autoridad legítima que le da una oportuna solución a una controversia” (Cabana, M., 2017, p.16) resuelve un conflicto jurídico entre dos partes el cual podrá ser revisado en sede judicial luego de agotarse de la vía administrativa.

⁵⁰ Artículo 3° de Ley N° 26734

⁵¹ Artículo 3.2° de Ley N° 26734

Gomez Apac señala que “en el procedimiento trilateral un órgano de la administración Pública -colegiado o unipersonal- resuelve un conflicto de intereses entre dos o más administrados, el órgano administrativo actúa como un juez al resolver la contención, por lo que debe actuar con independencia e imparcialidad. (...) Lo que define al Procedimiento trilateral no es que en él hay tres partes involucradas (la administración y dos administrados en contención), lo que es un asunto secundario, sino la independencia e imparcialidad de la autoridad que resuelve el conflicto y la naturaleza del conflicto suscitado entre los dos administrados, que es un conflicto intersubjetivo que podría ser resuelto en el Poder Judicial.” (2011, p.39) Como segunda característica podemos destacar que el procedimiento trilateral resolverá un conflicto de interés entre dos administrados en el cual actuará como un juez encargado de resolver la contención debiendo actuar bajo los principios de independencia e imparcialidad.

Morón señala que el procedimiento trilateral “deriva en un acto administrativo distinto a los conocidos actos favorables y de gravamen, porque nos encontramos frente a un acto único, pero con efectos simultáneamente para varios sujetos con contenidos divergentes, favorables para uno grave para otros, en lo que GARCIA TREVIJANO calificó como “actos administrativos bifrontes o de doble efecto” (2020, 276). Como tercera característica podemos señalar que a diferencia de otros procedimientos el procedimiento trilateral emitirá un acto único con efectos simultáneos, lo cual consideramos una situación lógica y derivada de la resolución de un conflicto de interés en la cual el órgano resolutor declara un derecho u obligación en contraposición de su contraparte.

Por otro lado, se ha señalado que mediante “este procedimiento sirve para resolver conflictos que podrían ser resueltos por una autoridad jurisdiccional pero que el legislador ha decidido otorgarle competencia primaria a una autoridad administrativa para que ella actúe como si fuera una autoridad jurisdiccional, sólo que en sede administrativa” (Gomez, H.,2011, p.16) como cuarta característica podemos observar que mediante la técnica del procedimiento administrativo trilateral el legislador ha otorgado a determinados supuestos de hecho que podrían ser resueltos por la vía jurisdiccional ordinaria pero en base a un determinado interés de la administración estos son resueltos primariamente por la vía administrativa. Lo cual se condice con lo señalado por Tirado el cual reconoce como característica adicional que cuando nos encontremos frente a un procedimiento administrativo general estaremos frente a un procedimiento especial

entendiendo este como un “procedimiento que ha sido pensado para una hipótesis particular y concreta cuyo contenido aconseja una tramitación distinta de la general” (2001, p. 6)

Finalmente, a modo de completar nuestra visión sobre el procedimiento trilateral mencionaremos características, adicionales a las señaladas, mencionadas por Morón: i) predomina en su estructura los principios de contradicción, debido proceso y preclusión procesal; ii) se atenúan los principios de verdad material y actuación probatoria de oficio; iii) inaplicación de la aprobación automática y del silencio administrativo y iv) inaplicación de la ejecutoriedad administrativa para forzar el cumplimiento del acto administrativo del procedimiento trilateral (2020, p. 280).

2. La función de solución de controversias en el OSINERGMIN.

En vista de que tenemos la base teórica referida a la función de solución de controversia y su materialización mediante las reglas del procedimiento trilateral procederemos a analizar a detalle su funcionamiento bajo las competencias del OSINERGMIN. De acuerdo con el Artículo 3.2° de la LMOR las funciones atribuidas a los Organismos Reguladores, incluida la función de solución de controversia, serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos. De esta manera, a efectos de cumplir con lo ordenado por ley se reguló esta función, en primer lugar, por Reglamento OSINERGMIN, bajo los siguientes términos:

Artículo 44.- Función de Solución de Controversias

La función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de OSINERG, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las ENTIDADES, entre éstas y los USUARIOS LIBRES y entre éstos. (...) la función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva de OSINERG, comprende además la facultad de este Organismo, de conciliar intereses contrapuestos sobre dichas materias.

Artículo 45.- Órganos Competentes e Instancias Administrativas para la Función de Solución de Controversias

La función de solución de controversias es ejercida por los Cuerpos Colegiados, en primera instancia administrativa y por el Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG, en segunda y última instancia administrativa.

Artículo 46.- *Controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES*

OSINERG es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES:

(...)

c) Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y USUARIOS LIBRES, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

(...)

Artículo 47.- *Vía Administrativa Previa e Inicio del Procedimiento*

*La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de OSINERG, de acuerdo con las reglas establecidas en el presente Reglamento. El procedimiento administrativo para la solución de las controversias se inicia a **solicitud de parte**. Excepcionalmente, OSINERG podrá iniciar un procedimiento, de oficio, en el caso que determine que los conflictos entre las ENTIDADES afectan el interés de los usuarios o de otras empresas, según las funciones asignadas a OSINERG*

Posteriormente, se aprobó el ROSC y se reguló de la siguiente manera:

Artículo 2°.- *Competencia de OSINERG. Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:*

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias: (...)

-Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre

Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

Artículo 3°.- *Conciliación antes del inicio de un Procedimiento Administrativo. El OSINERG tiene la facultad de conciliar antes de dar inicio a un Procedimiento Administrativo, los intereses contrapuestos que surjan entre entidades o empresas bajo el ámbito de su competencia, entre éstas y sus usuarios libres, y entre usuarios libres sobre materias que son de su competencia exclusiva. Tal conciliación tiene carácter voluntario, y en caso no se llegue a ningún acuerdo las partes podrán iniciar un procedimiento administrativo, conforme lo dispuesto en el presente reglamento. Si las partes concilian, tal acuerdo tendrá carácter definitivo, con lo cual las partes renuncian a impugnarlo tanto en sede administrativa como judicial.*

Artículo 4°.- *Vía previa. El procedimiento administrativo en primera y segunda instancia regulado por el presente Reglamento, constituye vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial, y es de competencia exclusiva de los órganos de OSINERG.*

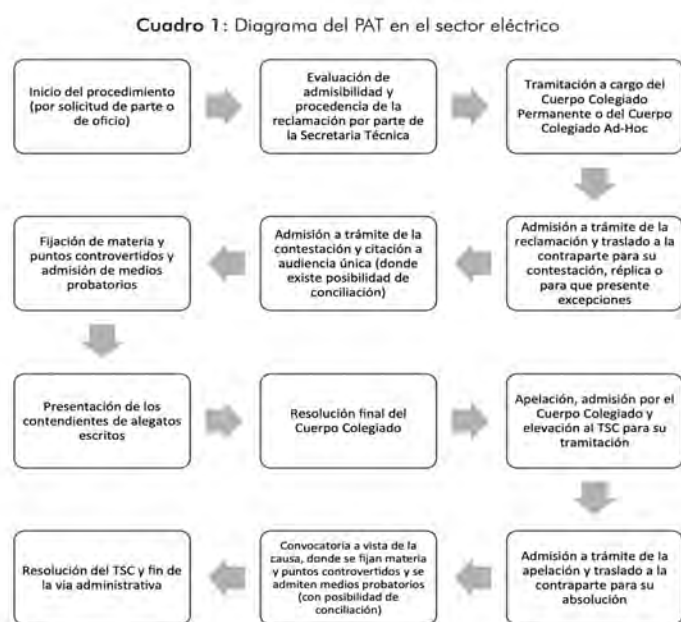
Artículo 31°.- *Inicio del procedimiento. El procedimiento se iniciará a solicitud de parte. La parte que inicia el procedimiento con la presentación de una reclamación será designada como “reclamante” y cualquiera de los emplazados será designado como “reclamado”.*

Excepcionalmente, OSINERG podrá iniciar un procedimiento de oficio, en el caso que determine que los conflictos entre las entidades afectan el interés de los usuarios o de otras empresas, según las funciones asignadas a OSINERG.

De acuerdo al mandato la función de solución de controversia de OSINERGMIN se reguló mediante los instrumentos descritos, por lo cual podemos ir definiendo aquella conforme al caso que nos ocupa. De esta manera, la Función de Solución de Controversias autoriza a los órganos competentes de OSINERGMIN, a resolver los conflictos y las controversias que surjan tanto entre las ENTIDADES, entre éstas y los USUARIOS LIBRES y entre éstos; relacionándose tal disposición con la labor heterocompositiva que resuelve sobre un conflicto jurídico entre dos partes. Asimismo, se establece que sobre

tales materias OSINERGMIN tendrá competencia exclusiva, por lo cual constituye como vía previa su pronunciamiento antes de pasar a sede judicial, debido a que como ya lo habíamos señalado anteriormente una característica de este procedimiento es la competencia primaria a la sede administrativa. Por otro lado, se designa como órganos competentes para ejercerla los Cuerpos Colegiados -en primera instancia- y el TSC -en segunda instancia. Asimismo, precisa taxativamente que OSINERGMIN será competente para conocer las controversias surgidas, siguiendo la línea del caso, entre Generadores y Usuarios Libre, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG, lo cual se condice con lo mencionado por Tirado respecto a que tal procedimiento está pensado para una hipótesis particular y concreta.

Finalmente, se establece que de manera general el procedimiento administrativo para la solución de las controversias se inicia a solicitud de parte y excepcionalmente iniciará de oficio, de tal manera que quien lo solicita se le conocerá como “reclamante” y emplazado como “reclamado”, distinguiendo los roles de las partes involucradas tenemos un esquema conformado por la administración como resolutor independiente e imparcial de un conflicto de interés que representa los intereses de las partes, por lo cual deberá ser solicitado por el administrado interesado. A continuación, presentaremos las fases procedimentales del procedimiento administrativo trilateral en el sector eléctrico:



Fuente: Vargas, E. (2019). El Procedimiento Administrativo Trilateral como mecanismo de Solución de Controversias en el Sector Eléctrico Peruano. Círculo de Derecho Administrativo.

Ahora bien, luego de ilustrar el procedimiento administrativo trilateral bajo competencia de OSINERGMIN de manera general nos interesa entrar en detalle respecto al Artículo 2 del ROSC en tanto delimita la competencia de OSINERGMIN a determinados casos.

Artículo 2°.- Competencia de OSINERG. Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

b) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias: (...)

-Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

Vargas Guevara en su artículo “El procedimiento administrativo trilateral como mecanismo de solución de controversias en el sector eléctrico peruano” ha desarrollado el tema que nos acontece recogiendo las siguientes ideas. Señala que “en el caso de las controversias entre generadores y distribuidores, entre generadores y usuarios libres, entre distribuidores, entre usuarios libres y entre transmisores y distribuidores eléctricos, el RGO exige que las materias no solo estén sujetas a la supervisión y regulación de OSINERGMIN, sino que también se relacionen con “aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión” (2019, p. 111) manifestando que la referencia aspectos técnicos, regulatorio y de supervisión entran en la categoría de conceptos jurídicos indeterminados, de tal manera revisar las competencia específicas referidas a tal función concluyendo que “diferenciar, entre las materias bajo regulación y supervisión de OSINERGMIN, a aquellas materias vinculadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión, resulta ocioso. No existe materia que sea objeto de regulación y supervisión de OSINERGMIN que, a su vez, no esté vinculada con aspectos de este tipo. Una regulación más clara en este tema contribuiría a evitar discusiones infructuosas sobre qué significan estos conceptos jurídicos indeterminados en cada caso” (2019, p. 114).

Consideramos que no se puede pretender determinar un carácter absoluto a la función de solución de controversia argumentando que “no existe materia que sea objeto de

regulación y supervisión de OSINERGMIN que, a su vez, no esté vinculada con aspectos de este tipo” en tanto tal característica no coincide con el carácter reservado del procedimiento trilateral manifestado por Tirado -el cual menciona que esta vía ha sido pensada para una hipótesis particular y concreta cuyo contenido aconseja una tramitación distinta de la general. De esta manera, la tesis sostenida por Tirado se manifiesta en la preocupación del Reglamento OSINERGMIN al detallar los conflictos plausibles de resolución por esta vía, señalando específicamente el carácter subjetivo (calidad de los sujetos) y el carácter objetivo (supuesto de hecho) que deben revestir para que puedan ser atendidos por OSINERGMIN bajo la función de solución de controversias. Y si bien puede parecer extensa la materia bajo competencia de este Organismo Regulador no por ello puede dejarse de analizar en concreto la controversia a efectos de discriminar en qué casos nos encontramos frente al supuesto de hecho regulado por la norma obteniendo derecho a resolver la controversia surgida primariamente por la vía administrativa y aquellas que no estén comprendidas y deban ser tuteladas por proceso ordinario.

De esta manera, trataremos de acercarnos al concepto “relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG” con la finalidad de poder dotar de contenido a tales conceptos y puedan servir de análisis al caso. Es así, que una primera aproximación podemos afirmar que respecto a una **controversia** surgida entre un generador y un Usuario Libre pero no cualquier tipo de controversia sino una que esté relacionada con:

1. **Aspectos técnicos, normativos o regulatorios; o**
2. Derivados de los contratos de concesión, respecto a este supuesto no ahondaremos debido a que se entiende de los hechos que el caso no versa sobre una controversia procedente de un contrato de concesión.

Pero además se añade que tales aspectos “técnicos, normativos o regulatorios” deberán estar **sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG**. Por lo cual, para que una controversia pueda ser conocida y resuelta por el Cuerpo Colegiado y -en caso de ser impugnada- posteriormente por el TSC deberá revestir la siguiente característica: ser una controversia, surgida entre un generador y un Usuario libre, que se encuentre relacionada con aspectos técnicos, normativos o regulatorios pero que además tales aspectos sean materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

3. El caso debe basarse en una controversia, surgida entre un generador y un Usuario libre, que se encuentre relacionada con aspectos técnicos, normativos o regulatorios pero que además tales aspectos sean materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

A fin de determinar si el caso que nos ocupa responde a una controversia, surgida entre un generador y un Usuario libre, que se encuentre relacionada con aspectos técnicos, normativos o regulatorios pero que además tales aspectos sean materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG, procederemos a aproximarnos a la conceptualización de tales conceptos; por lo cual, deberemos remitirnos a la normativa sectorial a fin de ir acercándonos a la solución del caso.

En primer lugar, entendemos por aspectos normativos, la materia relacionada con el ejercicio de la función normativa por OSINERGMIN, de acuerdo con Tassano como la “facultad de dictar, en el ámbito y la materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios” (2008, p. 95) esto se condice con lo establecido en el Reglamento OSINERGMIN el cual establece que en el marco de la función normativa le corresponde a “OSINERG dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas las ENTIDADES y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos y normas podrán definir los derechos y obligaciones de las ENTIDADES y de éstas con sus usuarios (...) La función normativa de OSINERG no comprende aquella que le corresponde de acuerdo a Ley al Ministerio de Energía y Minas, como responsable del SECTOR ENERGÍA.”⁵² Asimismo, la norma especifica las disposiciones de carácter general que pueden dictar OSINERGMIN en el ejercicio de la función normativa, tales como i) sistemas tarifarios o regulatorios o, mecanismos para su aplicación; ii) mecanismos de participación de los interesados (...) iii) reglas a las que están sujetas los procedimientos que se sigan ante cualesquiera de los ORGANOS DE OSINERG (...); entre otras.

⁵² Artículo 21° del Reglamento OSINERGMIN

En segundo lugar, por aspectos regulatorios nos referiremos al acto de llevar a cabo la función regulatoria otorgada al organismo regulador, “la función regulatoria del Estado (...) surge de la necesidad de evitar que un prestador que opera como monopolio natural fije precios elevados, consistentes con su carácter de monopolio. Esto es, el Estado mediante su intervención como regulador asume la función de tutela de los intereses de los consumidores respecto de la conducta monopólica que existiría en caso el estado no asumiera ese rol” (OSINERGMIN, 2004, p.5). De acuerdo, al Artículo 26° del Reglamento OSINERGMIN se define como la “facultad de fijar tarifas del servicio público de electricidad, así como del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos” teniendo como alcances las tarifas en barras en el subsector electricidad, tarifas para los usuarios de servicio público de electricidad, entre otras.⁵³

En tercer lugar, respecto al término sujeto a fiscalización y/o supervisión según Maraví “es una potestad que se ejerce unilateralmente, sin requerir voluntad de terceros o de los mismos administrados que son objeto de la inspección. Aún cuando se trate de la potestad de fiscalización de obligaciones contractuales, la potestad de fiscalización no emana del contrato sino de la Ley” (2020, p.90). Doctrinalmente el tratamiento de la función de fiscalización y/o supervisión es igualitario, no obstante, la normativa las ha diferenciado en cuanto a sus fines. De tal manera, la facultad supervisora se relaciona con la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas de las entidades supervisadas⁵⁴. Por otro lado, la función fiscalizadora se relaciona con la función sancionadora en tanto se avoca a la constatación de hechos que luego serán materia de un procedimiento administrativo sancionador⁵⁵. No obstante, el Reglamento OSINERGMIN no ha seguido tal tendencia por lo cual deberán interpretarse bajo el ejercicio de una única función, ya que en el Artículo 36° de dicho instrumento establece que “La función fiscalizadora y sancionadora permite a OSINERG imponer sanciones a las ENTIDADES que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, así como de las disposiciones reguladoras y/o normativas dictadas por OSINERG”.

Respecto a la función supervisora el Reglamento OSINERGMIN señala que tal función “permite a OSINERG verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y

⁵³ Artículo 28 ° del Reglamento OSINERGMIN

⁵⁴ Artículo 3.1° inciso a) de la LMOR

⁵⁵ Artículo 3.1° inciso d) de la LMOR

aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las ENTIDADES y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSINERG o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la ENTIDAD supervisada.”⁵⁶ Teniendo como alcance i) Los niveles de calidad, seguridad y eficiencia; ii) El cumplimiento de las disposiciones normativas y/o reguladoras, dictadas por OSINERG en el ejercicio de sus funciones; iii) La estricta aplicación y observancia de las disposiciones técnicas y legales referidas a la conservación y protección del medio ambiente en los subsectores de electricidad e hidrocarburos; iv) El cumplimiento de las demás disposiciones vinculadas a las materias de su competencia; entre otras.

Finalmente, sobre el concepto “aspectos técnicos” no existe definición normativa, pero entendemos que esta se deriva del fundamento propio de los Organismo Reguladores como entes “con gran capacidad técnica y un nivel de autonomía” (Carbonell, M., 2012, p. 136). Debido a esta imprecisión normativa, posteriormente en el año 2013 el Gobierno de Humala Tasso consideró pertinente delimitar los aspectos técnicos materia de competencia de OSINERGMIN mediante D.S N° 088-2013-PCM - “Aprueban Listado de Funciones Técnicas bajo la competencia del OSINERGMIN”, respecto al caso que nos ocupa se señala que en materia de electricidad se incluye como función técnica la “Aprobación de los Procedimientos Técnicos del COES”, somos conscientes que la norma citada fue posterior a los hechos acontecidos y su resolución y no cabe aplicarla pero sí consideramos importante tener en cuenta lo que se entendía por tal concepto pero no fue regulado sino hasta el año 2013.

Ahora bien, ya definidos tales conceptos nos centraremos en analizar si el petitorio reclamado por ELECTROPERÚ cumple con los requisitos de ser una controversia, surgida entre un generador y un Usuario libre, que se encuentre relacionada con aspectos técnicos, normativos o regulatorios pero que además tales aspectos sean materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG. Preliminarmente podemos observar que se cumple con el presupuesto subjetivo en tanto ELECTROPERÚ ejerce la función de ser una generadora de electricidad y, por otro lado, CASAPALCA ejerce la función de Usuario Libre; por lo cual.

⁵⁶ Artículo 31° del Reglamento OSINERGMIN

El siguiente paso es remitirnos al petitorio formulado por ELECTROPERÚ en tanto estamos -frente un procedimiento trilateral a pedido de parte- para ver si cumple con las condiciones de ser una controversia que se encuentre relacionada con aspectos técnicos, normativos o regulatorios pero que además tales aspectos sean materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

Antes de comenzar con el análisis debemos precisar que a efectos de determinar la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc nos limitaremos a analizar los argumentos y posiciones referidas a la competencia recogidos en *i)* la reclamación interpuesta por ELECTROPERÚ *ii)* el Informe Legal N° 380-2011/GFE-ALFE, informe solicitado a fin de que la Gerencia de Fiscalización Eléctrica analice la procedencia de la solicitud de inicio de procedimiento de solución de controversias y *iii)* la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 01-2012-OS/CC-66 resolución por la cual declaró competente el Cuerpo Colegiado y se admite a trámite la demanda.

En tanto la competencia es un **requisito de procedencia** para la reclamación de acuerdo al Artículo 33° y 35 del Reglamento OSINERGMIN para la Solución de Controversia. Por lo cual, los argumentos de defensa que ejerce CASAPALCA no deben considerarse dentro del análisis para determinar si el petitorio es una controversia, surgida entre un generador y un Usuario libre, que se encuentre relacionada con aspectos técnicos, normativos o regulatorios pero que además tales aspectos sean materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN. Tal posición es compartida por Priori Posada al advertir que “ya dentro del proceso mismo el demandado puede oponer resistencia a la pretensión que es formulada en el proceso contra él. Sin embargo ello no supone que el objeto del proceso se amplíe, pues toda la resistencia formulada por el demandado se plantea teniendo en consideración la pretensión planteada contra él; es decir gira sobre ella (...) Solo se ampliará el objeto del proceso en aquellos caso en el cual el demandado plantee una reconvención” (p.115, 2006). De esta manera, el Colegiado deberá analizar su competencia de manera preliminar como requisito de procedencia bajo el “objeto del procedimiento” que no es otra cosa que lo solicitado por ELECTROPERÚ, ya que nos encontramos frente a un procedimiento de reclamación a pedido de parte.

Es así que ELECTROPERÚ solicita ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que se “(...) ordene al reclamado COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A el pago de S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842, 84 incluyendo IGV) a ELECTROPERÚ por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a

ELECTROPERÚ S.A en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES (...) correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009”. Por lo cual, cabe preguntarse si tal petitorio puede enmarcarse en los supuestos de hecho regulados por la norma que otorgan competencia al Colegiado Ad-Hoc para resolver un conflicto, en consecuencia debemos hacernos las siguientes preguntas:

1. ¿El petitorio constituye una controversia relacionada con aspectos técnicos?

Consideramos que no constituye una controversia relacionada con aspectos técnicos en tanto el petitorio de ELECTROPERÚ se encuentra referido a la ejecución de un cobro de un derecho de crédito -derivado de un acto administrativo- en el cual la generadora no tiene intención de discutir sobre los aspectos técnicos que influyeron en la determinación del pago, más bien se encuentra de acuerdo con éstos en tanto no presentó objeción alguna frente al procedimiento técnico (PR-10) utilizado por el COES. Y en el supuesto negado que existiera controversia sobre aspectos técnicos de igual manera no se habría podido tramitar -bajo el presente procedimiento administrativo trilateral- tal controversia en tanto los procedimientos técnicos (PR-10) utilizado por el COES no fueron aprobados por OSINERGMIN sino aprobados por Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME; tal posición se condice con los criterios -posteriormente- delimitados por el D.S N° 088-2013-PCM en tanto define como función técnica de OSINERGMIN la “Aprobación de los Procedimientos Técnicos del COES” en este caso, los que se encuentren bajo su competencia, lo cual no sucede en el caso.

2. ¿El petitorio constituye una controversia relacionada con aspectos normativos?

Consideramos que no en tanto el petitorio de ELECTROPERÚ no se encuentra cuestionando la aplicación de reglamentos y normas de carácter general emitidas por OSINERGMIN en el ámbito de su competencia, ya que lo que solicita es el pago de una acreencia ante el Tribunal. Asimismo, en el supuesto negado que existiera controversia sobre aspectos normativas de igual manera no se habría podido tramitar -bajo el presente procedimiento administrativo trilateral- en tanto el Artículo 21° del Reglamento OSINERGMIN establece que la función normativa de OSINERGMIN no comprende aquella que le corresponde de acuerdo a Ley al Ministerio de Energía y Minas, como fue el presente caso en

tanto los procedimientos técnicos utilizados fueron aprobados mediante D.S N° 088-2013-PCM. De esta manera, la solicitud de cobro de ELECTROPERÚ no se encuentra relacionada con aspectos normativos por lo que no procedería su atención ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc hasta el momento.

3. **¿El petitorio constituye una controversia relacionada con aspectos regulatorios?**

Consideramos que no en tanto que del petitorio de CASAPALCA no se desprende cuestionamiento alguno a la facultad de OSINERGMIN de fijar tarifas, ya que ELECTROPERÚ solicita es el pago del derecho de crédito determinado por el COES. Asimismo, en el supuesto negado que existiera controversia sobre aspectos normativos de igual manera no se habría podido tramitar -bajo el presente procedimiento administrativo trilateral- en tanto el Artículo 26° del Reglamento OSINERGMIN delimita la función de regulación de parte de OSINERGMIN como aquella facultad de fijar i) tarifas en barras en el subsector electricidad ii) tarifas para los Usuarios de Servicio Público de electricidad iii) tarifas de transmisión principal y secundaria en el subsector electricidad, entre otras que no se encuentran referidas a la determinación y valorización de transferencia de potencia y energía en el Mercado a Corto Plazo. Ahora bien, si bien es cierto que la LCE regula en su Artículo 43° que los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los Distribuidores y Usuarios Libres estarán sujetos a regulación de precios, no se desprende que tal regulación de precios sea determinada por OSINERGMIN, ya que la misma LCE remite a lo establecido en el Artículo 14° de la Ley N° 28832 la cual designa al COES como encargo de la determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES.

4. **¿El petitorio constituye una controversia relacionada con aspectos técnicos, normativos, regulatorios que sean materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN?**

Ahora bien, una vez descartado que el petitorio de ELECTROPERÚ se encuentra relacionado con aspectos técnicos, normativos, regulatorios se deriva que no gozan del presupuesto necesario para pasar al análisis si estos son materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN. No obstante, hay un punto importante que resaltar porque tanto el Informe Legal N° 380-2011/GFE-ALFE como la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 01-

2012-OS/CC-66 señalan que de acuerdo al Artículo 101° de la del LCE es materia de fiscalización por parte de OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES y, además, que de acuerdo Artículo 201° del RLCE se establece como incumplimiento para el Cliente Libre el no efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES. Respecto a ello, cabe señalar que si bien el Artículo 101° de la del LCE señala que es materia de fiscalización por parte de OSINERGMIN *“el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES”* tal disposición no puede ser interpretada de manera extensiva⁵⁷ y debe ceñirse a los establecido en el Artículo 34° del Reglamento OSINERGMIN (los cuales no hacen referencia a una obligación de supervisión específica sobre las transacciones de potencia y energía en el COES) y al Artículo 201° del RLCE el cual establece el *“OSINERG sancionará a los (...) clientes libres (...) cuando incumpla sus obligaciones previstas en la Ley, el Reglamento o las normas técnicas, con multas equivalentes al importe de 100 000 a 2 000 000 kilovatios-hora, en los siguientes casos (...) v) No efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES.”* en tanto tal disposición está referida a la función de supervisión y fiscalización en el marco de un procedimiento administrativo sancionador hacia el cliente libre que no cumple con su obligación de pago determinada por el COES; cuestión que en el presente caso no es materia en tanto estamos frente a solicitud de ejecución de pago por parte de ELECTROPERÚ más no en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, el cual -cabe resaltar- nunca fue iniciado por OSINERGMIN.

Finalmente, de acuerdo a lo argumentado podemos concluir que lo solicitado por ELECTROPERÚ no se encuentra dentro del supuesto de hecho regido por la norma no constituyendo en una controversia, surgida entre un generador y un Usuario libre, que se encuentre relacionada con aspectos técnicos, normativos o regulatorios pero que además tales aspectos sean materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG. De esta manera, ELECTROPERÚ al tener un derecho de crédito obtenido vía acto administrativo mediante la determinación y valoración del COES -por los retiros efectuados por CASAPALCA- debió amparar su pretensión de hacer efectivo su derecho

⁵⁷ De acuerdo con Maravi (2020, p.90) la actividad de fiscalización al tratarse de una potestad administrativa se rige por el principio de legalidad, debe ser atribuida por ley o norma con tal rango expresamente y ceñirse a sus límites.

de crédito en una vía que materialice la ejecutividad⁵⁸ del acto administrativo, en tanto como ya hemos manifestado -en la resolución del primer problema identificado- las decisiones del COES al ser actos administrativos “sus decisiones son ejecutivas y goza de una serie de potestades públicas en función a la finalidad pública que cumple” (Cairampoma & Villegas, 2018, p.35). Acto administrativo que no ha sido formalmente cuestionado por ELECTROPERÚ o CASAPALCA en las instancias correspondientes ante COES⁵⁹ ni mucho menos mediante recurso de reclamación.

Tal ejecutividad es reconocida por la Compañía Minera en otros supuestos de cobro en el marco de sus retiros sin respaldo contractual, razón por la cual en el marco del cumplimiento del requerimiento emitido por el Subcomité de Generadores del COES CASAPALCA llegó a diversos acuerdos con otras generadoras por el concepto de los retiros sin contrato de potencia y energía durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 como fue el caso de los acuerdos celebrado con la generadora Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A (EGASA S.A); Generación Eléctrica Machupicchu S.A, Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A (EGESUR S.A); entre otras generadoras.

Por lo que en realidad nos encontramos frente a una solicitud de un generador que quiere hacer efectivo un derecho de crédito y no resolver una controversia bajo la competencia de OSINERGMIN. De esta manera, de lo dicho no debería desprenderse la conclusión de que en base a la no procedencia por falta de competencia el derecho del generador no será efectivo y, por ende, CASAPALCA no tendría la obligación de pagarle; sino que por el contrario consideramos que la función de solución de controversia en el marco de un procedimiento administrativo trilateral se encuentra reservada a unos ciertos supuestos regulados por ley, supuestos como ha manifestado Tirado están pensados para una hipótesis particular y concreta cuyo contenido aconseja una tramitación distinta de la general, por lo cual, el uso de esta vía es reserva y específica debiendo preservarse tal fin.

⁵⁸ Fundamento 44 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0015-2005-PI/TC a los cuatro días del mes de enero de 2006: “la ejecutividad del acto administrativo está referida al atributo de eficacia, obligatoriedad, exigibilidad, así como al deber de cumplimiento que todo acto regularmente emitido conlleva a partir de sus notificación está vinculada a la validez del acto administrativo”.

⁵⁹ De acuerdo al Artículo 11° del Estatuto COES.

4.2. Análisis de los problemas accesorios:

4.2.1. ¿Al declararse resuelto el Contrato de Suministro con ENERSUR debe entenderse tales retiros en el marco del Contrato suscrito con ELECTROPERÚ?

Lo alegado por las Partes y lo resuelto por la autoridad:

CASAPALCA sostiene en su contestación que no reconoce las valorizaciones efectuadas por el COES, además de las razones expuestas en el primer problema principal analizado, debido a que los retiros fueron efectuados en virtud del contrato de suministro de electricidad que tenía con ENERSUR, el cual estuvo vigente hasta mayo de 2009. Y, en caso se declare la ineficacia de dicho contrato, alega que debe entenderse que tales retiros contaron con respaldo contractual en base al Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre (en adelante, Contrato de Suministro) suscrito entre la minera y ELECTROPERÚ. Solicitando una nueva valorización y liquidación conforme al contrato suscrito con ELECTROPERÚ de fecha 08 de mayo de 2006 y sus respectivas adendas, finalmente sostiene que, si existe voluntad de reconocer los retiros, pero no reconoce que dichos retiros hayan sido en calidad de retiros sin contrato por las razones expuestas anteriormente.

Por otro lado, ELECTROPERÚ sostiene sobre este extremo que los retiros efectuados por CASAPALCA no corresponden al contrato suscrito entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA, ya que el contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por CASAPALCA con ENERSUR luego de 4.5 MW hasta el 28 de febrero de 2009.

Luego de analizar los argumentos de las Partes el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en primera instancia manifestó que mediante laudo arbitral de fecha 07 de enero de 2010 se confirmó que el Contrato de Suministro entre CASAPALCA y ENERSUR⁶⁰ fue resuelto de pleno derecho por ENERSUR el 20 de mayo de 2006. Teniendo como efecto inmediato que todos los retiros efectuados por CASAPALCA desde la fecha de resolución del contrato fueron revalorizados y asignados por el COES a las diversas generadoras, que suministraron energía y potencia durante tal periodo, entre las cuales se encontraba

⁶⁰ En el cual se comprometía a suministrar electricidad hasta 4.5 MW.

ELECTROPERÚ. Debido a que, antes de que se declarara la resolución contractual (del contrato con ENERSUR) el COES tomó en cuenta los acuerdos derivados del contrato de CASAPALCA con ENERSUR y ELECTROPERÚ, respectivamente. Razón de ello, los retiros efectuados por CASAPALCA por encima de los 4.5 MW de potencia, dentro del marco del contrato con ELECTROPERÚ, fueron asignados bajo el código de “R868ELP”, los cuales no han sido objetados por ninguna de las Partes, considerando tales asignaciones correctas, no siendo parte de la Litis.

Por lo cual, menciona que la discusión únicamente se centra en las asignaciones producto de los retiros de CASAPALCA que inicialmente fueron asignadas a ENERSUR, es decir hasta los 4.5 MW de potencia, los cuales fueron registrados bajo el Código “R869SCL” bajo la descripción de “Retiros sin Contrato de la CIA minera Casapalca S.A”. Ya que, con la resolución de pleno derecho del contrato con ENERSUR generó un saldo resultante que ocasionó que la sumatoria de las inyecciones o entregas a la barra “ANTUQUITO 50” no resultara igual a la sumatoria de los retiros contractuales de dicha barra. En consecuencia, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc afirma que tales valorizaciones fueron elaboradas correctamente al proratear en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectuó la respectiva revalorización.

De igual manera, el TSC confirma la decisión del Colegiado alegando que al inicio de los hechos los retiros de potencia y energía por parte de CASAPALCA se encontraban respaldados por el contrato suscrito con ENERSUR hasta 4.5 MW de potencia y, por encima de tal consumo, bajo el contrato suscrito con ELECTROPERÚ y sus respectivas adendas. Por lo cual, el Tribunal manifiesta que al confirmarse la resolución en vía arbitral del contrato con ENERSUR los retiros hasta 4.5 MW no deberían imputarse al contrato suscrito con ELECTROPERÚ debido a que no se pactó que en caso de resolución este actuaría en reemplazo cubriendo la demanda de hasta 4.5 MW. De esta manera, se reafirma que los retiros de potencia y energía efectivamente carecían de respaldo contractual, resaltando que tal situación derivó en que el COES haya asignado y valorizado los retiros efectuados durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 teniendo en cuenta el límite contractual de 4.5 MW y los retiros en excesos fueran suministrado por ELECTROPERÚ en el marco de su Contrato de Suministro.

De tal manera, el Tribunal señala en segunda instancia que los retiros de CASAPALCA durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 hasta 4.5 MW no tuvieron una asignación real al haberse resuelto el contrato entre estos. Por lo cual, el COES como administrador del Mercado a Corto Plazo⁶¹ valorizó nuevamente tales retiros en base al PR-10 asignándoles tales retiros a los generadores que tuvieron la capacidad de atender la demanda de CASAPALCA incluyendo dentro de estos a ELECTROPERÚ. Finalizando su argumentación resaltando que dichos retiros no pudieron ser incluidos dentro del Contrato de Suministro que tenía con ELECTROPERÚ debido a que dicho contrato era solo válido para suministros mayores a 4.5 MW quedando la minera obligada a pagar por tales retiros en base a las valorizaciones efectuadas por el COES.

Consideramos que la decisión tomada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y confirmada por el TSC es acertada por las siguientes razones:

1. El Contrato de Suministro de Electricidad a Precio libre no puede ser interpretado fuera de los límites pactados.

Antes de comenzar con el análisis del Contrato de Suministro a Precio Libre suscrito entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ revisaremos algunos conceptos importantes para el caso. En el desarrollo del primer problema principal habíamos comentado cómo el gobierno de turno entendió la necesidad de renovar la estructura del sector eléctrico permitiendo, entre otras cosas, la libre comercialización de energía y potencia de un generador hacia un usuario no sujeto a suministro bajo servicio público⁶² como parte de la instauración del modelo de mercado bajo competencia mayorista.

De acuerdo con Okumura mediante la implementación de este modelo “los generadores podrán suscribir contratos de suministro a plazo determinado con la finalidad de cubrirse del riesgo de fluctuaciones del Mercado de Corto Plazo y, de esta manera, estabilizar su flujo de ingresos que le permita pagar el financiamiento de sus inversiones y tener un manejo responsable de su flujo de caja. Por su parte, los Usuarios Libres requieren cubrir sus necesidades de energía eléctrica y, de ser el caso, tampoco querrán quedar expuestos

⁶¹ Bajo el uso de sus facultades contenidas en los Artículos 12° y 14° de la Ley 28832.

⁶² Utilizamos el término “no sujeto a suministro bajo servicio público” para referirnos a lo que hoy conocemos bajo el término Usuarios Libres, debido a que antes de las modificaciones realizadas por la Ley N° 28832 la LCE y el RLCE definían este tipo de consumo como uno realizado fuera de los límites de potencia para uso colectivo.

a esta variabilidad respecto de sus costos de producción –energía eléctrica–, suscribiendo contratos que les garanticen el abastecimiento de electricidad” (2015, p. 276).

Por lo cual, podemos advertir -de acuerdo con Alvarado y Matos- que en el mercado de electricidad ocurren dos tipos de transacciones, la primera referidas a las transacciones físicas (potencia, energía activa, energía reactiva, entre otros) que se realizan en el denominado MCP sobre las cuales ya hemos profundizado a detalle y la segunda referida a las transacciones financieras entendiendo estas últimas como “transacciones a través de las cuales se regula contractualmente el suministro (...) constituyen, propiamente, los contratos de suministro por los que Distribuidores y Generadores se obligan a abastecer de potencia y electricidad a Usuarios Libres a cambio de un pago o precio” (2020, p.192).

En las transacciones financieras el instrumento jurídico utilizado es el “Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre” siendo este “el acto jurídico por el cual suministradores (Generadores o Distribuidores) se obligan a abastecer de potencia y energía asociada a los Usuarios, a cambio de un pago. El contrato comprende, en consecuencia, dos prestaciones: de un lado, el suministro de potencia y su energía asociada; y, de otro, una contraprestación o pago a favor del suministrador. Ambas prestaciones constituyen obligaciones principales de las partes en el contrato de suministro.” (Alvarado, J. y Matos, M. 2020, p.198). Finalmente, coincidimos con Sanchez al referir que “se trata de un contrato de características especiales, no equiparable su naturaleza jurídica a la compraventa, pero tampoco a la de otro contrato típico, debiendo considerarse mientras no existan disposiciones legales que expresamente le asignen otra naturaleza, como un contrato atípico y autónomo” (1996, p. 177).

Ahora bien, teniendo en cuenta la base teórica descrita procederemos a analizar si el Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA debe ser interpretado de tal forma que los retiros de potencia por debajo de los 4.5 MW sean imputados a ELECTROPERÚ. En primer lugar, tenemos que este contrato fue suscrito el 08 de mayo de 2006 -antes de la promulgación de la Ley N° 28832- por lo cual se vio amparado en lo dispuesto por los Artículos 8° y 44° de la LCE:

“Artículo 8.- La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia.”

“Artículo 44.- Las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía independientemente de si éstas corresponden a

ventas de electricidad para el servicio público o para aquellos suministros que se efectúen en condiciones de competencia, según lo establezca el Reglamento de la Ley. Para éstos últimos, los precios de generación se obtendrán por acuerdo de partes. En las ventas de energía y potencia que no estén destinados al servicio público de electricidad, las facturas deben considerar obligatoria y separadamente los precios acordados al nivel de la barra de referencia de generación y los cargos de transmisión, distribución y comercialización."

Siendo el contrato suscrito bajo un régimen de libre determinación de precio, en el cual la Ley otorga la posibilidad a las partes para que regulen sus derechos y obligaciones contractualmente. De tal manera que, puedan fijar libremente los aspectos que consideren necesarios de acuerdo a las posibilidades comerciales de las partes, por tal motivo CASAPALCA toma la decisión de suscribir un contrato con ELECTROPERÚ con la finalidad que la generadora atienda los retiros que se efectúen por encima de los 4.5 MW contratados previamente con ENERSUR. Situación que fue concretamente descrita en los antecedentes del referido contrato en la cual se manifiesta que las Partes declaran conocer que a la fecha de suscripción CASAPALCA posee un Contrato de Suministro de Electricidad con ENERSUR celebrado con fecha 16 de setiembre de 2003, en el cual ENERSUR se compromete a suministrarle electricidad hasta 4.5 MW; por lo cual, acuerdan "que queda expresamente entendido" que dicho contrato tendrá por objeto el suministro de electricidad que exceda la potencia contratada con ENERSUR.

La técnica contractual utilizada por CASAPALCA es comúnmente usada en los Contratos de Suministro a Precio Libre, de tal forma Alvarado y Matos advierten que al no existir impedimento alguno que limite que un Usuario suscriba contratos de suministro con uno o más suministradores, muchas veces estos Usuarios pactan un contrato con una cláusula de exclusividad (en el presente caso el Contrato suscrito con ENERSUR) mediante la cual acuerdan que únicamente cuando el Usuario consuma más de la potencia contratada en el primer contrato, el exceso será cubierto por el segundo (en el presente caso el Contrato suscrito con ELECTROPERÚ) .

Por lo cual, consideramos que del análisis realizado no queda duda que nos encontramos frente a un contrato privado -acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial⁶³- el cual regula la relación jurídica

⁶³ Artículo 1351º del Código Civil.

patrimonial⁶⁴ entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ respecto a una determinación de potencia, energía y precio libre. Asimismo, en dicho instrumento se regula el objeto, las condiciones, modos y mecanismos de solución de controversias que deriven de la relación jurídica entre las Partes.

De acuerdo al Tribunal Constitucional, los contratos se sustentan en el principio de la autonomía de la voluntad. El cual posee un doble contenido: por un lado, la libertad de contratar -la cual se encuentra consagrada en los Artículos 2º, inciso 14) y 62º de la Constitución Política del Perú- entendida por la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y, por otro lado, la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna no siendo otra cosa que la facultad de determinar el contenido del contrato⁶⁵.

Tales disposiciones y conceptos se extienden a la relación jurídica patrimonial de CASAPALCA y ENERSUR⁶⁶ debido a que mediante la suscripción del contrato de suministro a precio libre con ENERSUR, la generadora se obliga a suministrar potencia y energía hasta 4.5 MW a favor de CASAPALCA desde el 13 de septiembre hasta el 28 de febrero de 2009, mientras que la minera se compromete a pagar un precio por tales conceptos entre otras cosas. Por lo cual, el objeto y límite de su relación jurídica patrimonial se encuentra en el suministro de potencia y energía hasta 4.5 MW.

De igual manera, la relación entre las Partes en tanto CASAPALCA realizó un contrato con ELECTROPERÚ con la finalidad de cubrir su demanda en caso exceda el monto contratado con ENERSUR. Estipulando expresamente en la Cláusula 1.4 “ambas partes declaran conocer que EL CLIENTE tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de suministro de electricidad con ENERSUR (...) por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4.5 MW **por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por EL CLIENTE con ENERSUR hasta el término del citado contrato**” (el énfasis es nuestro). Por lo cual, con la finalidad de delimitar el objeto del contrato las Partes acuerdan que su relación contractual del 08 de mayo de 2006 hasta el

⁶⁴ De acuerdo con Gastón Fernández entendemos el concepto de relación jurídica patrimonial como “aquella vinculación intersubjetiva concreta de cooperación, que liga a dos o más sujetos de derecho para la realización de una función económica o social, sea ésta patrimonial o no, dirigida a la tutela de intereses que han merecido juridicidad por el Orden Jurídico Positivo” (Fernández, G., 1994, pp.48)

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2185-2002-AA/TC a los cuatro días del mes de agosto de 2004.

⁶⁶ Si bien no es materia de estudio tal relación jurídica patrimonial es necesario precisar ciertos puntos sobre ella.

28 de febrero de 2009 se basará en suministrar los excedentes derivados del contrato de la minera con ENERSUR.

Es decir, CASAPALCA en el uso de su autonomía de la voluntad suscribió dos contratos tanto con ENERSUR como con ELECTROPERÚ con el objeto de obtener suministro de electricidad suficiente para sus operaciones. En consecuencia, en el pleno uso de su libertad para contratar eligió las condiciones y modalidades del suministro para cada una de las generadoras. Tales condiciones y modalidades fueron lícitas y amparadas bajo un sistema libre de regulación tarifaria de acuerdo a la normativa vigente, específicamente el Artículo 44° de la LCE. Asimismo, en pleno uso de dicha autonomía de la libertad CASAPALCA suscribió dos adendas adicionales al contrato en las cuales modifica los límites de potencia sobre el exceso de los 4.5 MW que corresponden a ENERSUR. Por lo cual, no cabe duda alguna que el contrato entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ se limita única y exclusivamente al suministro sobre el exceso de los 4.5 MW contratados con ENERSUR, concluyendo que no existe disposición alguna, derivada del Contrato de Suministro y sus respectivas adendas, que obligue a ELECTROPERÚ a reconocer los retiros realizados por CASAPALCA durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 por debajo de los 4.5 MW.

Asimismo, la afirmación de CASAPALCA al sostener que los retiros por el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 deberían interpretarse en el marco del contrato de suministro con ELECTROPERÚ carece de veracidad. Debido a que, si revisamos detalladamente la línea de tiempo luego de doce (12) días de firmado el contrato con ELECTROPERÚ, ENERSUR resuelve el contrato de suministro. Por lo cual, la minera teniendo conocimiento de este hecho firma dos adendas adicionales en las cuales modifica los límites de potencia sobre el exceso de los 4.5 MW que corresponden a ENERSUR.

Resultando de la siguiente manera debido a las modificaciones:

Del 01.05.06 al 30.05.06	9.5 MW en horas punta y en horas fueros de punta
Del 01.06.06 al 30.09.06	2 MW en horas punta y en horas fuera de punta
Del 01.10.06 al 31.12.06	3 MW en horas punta y en horas fuera de punta
Del 01.01.07 al 28.02.09	4.5 MW en horas punta y en horas fuera de punta

Es decir, en caso CASAPALCA habría tenido intención de que ELECTROPERÚ cubra su demanda hasta 4.5 MW tal y como lo regulaba el resuelto contrato con ENERSUR hubiera modificado oportunamente tal obligación, asignándole el total suministro a ELECTROPERÚ y no solo uno basado en su demanda por encima de los 4.5 MW. Por lo cual, tratar de atribuir los retiros de potencia por debajo de los 4.5 MW implicaría desconocer la obligatoriedad de los acuerdos pactados, tal obligatoriedad⁶⁷ es tutelada mediante el Artículo 1362° el cual establece que los contratos deberán ser negociados, celebrados y ejecutados de acuerdo a las reglas de la buena fe prevaleciendo la común intención acordada entre las partes, y el Artículo 1363° del Código Civil el cual manifiesta que “los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan (...)”.

Finalmente, es necesario resaltar el argumento esgrimido por el Colegiado Ad-Hoc en tanto nunca existió controversia sobre las asignaciones por encima de los 4.5 MW por ninguna de las Partes. Asimismo, ninguna de las Partes activó los mecanismos de solución de controversias estipulados en el contrato por lo que el acuerdo siguió manteniéndose vigente y desplegando sus efectos pese a la resolución del suministro de 4.5 MW por ENERSUR. Debido a ello, no cabe lugar a interpretar de ninguna manera que mediante el contrato de suministro suscrito entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ los retiros de potencia y energía por parte de la minera durante el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 deban ser asignados a ELECTROPERÚ.

4.2.2. ¿Estamos frente a un caso de responsabilidad extracontractual debiendo aplicarse el plazo de prescripción de dos años?

Lo alegado por las Partes y lo resuelto por la autoridad:

CASAPALCA solicita mediante “excepción de prescripción extintiva” que en caso no se amparen sus petitorios manifestados en los párrafos precedentes debe entenderse que al haberse realizados tales retiros de potencia y energía sin contrato alguno que lo respalde se habría generado una relación extracontractual, en tanto ELECTROPERÚ atribuye responsabilidad a CASAPALCA por los retiros señalando que tiene derecho de exigir resarcimiento por dicha asignación en calidad de indemnización. En tal sentido, nos encontraríamos frente al supuesto de Indemnización por Responsabilidad Extracontractual recogido en el Artículo 1969° del Código Civil. Por lo cual, al

⁶⁷ De acuerdo al Artículo 1361° del Código Civil se establece que la obligatoriedad de los contratos se entiende en cuanto se haya expresado en ellos.

sustentarse la pretensión de ELECTROPERÚ en una pretensión indemnizatoria de pago de una suma de dinero por resarcimiento del perjuicio causado por los retiros sin contrato, tal pretensión -según el Artículo 2001° del Código Civil- prescribe a los dos años empezando a correr el plazo desde el día que puede ejercitando la acción, en el caso siendo contados desde la emisión de cada uno de los retiros efectuados.

ELECTROPERÚ señala que no todas las obligaciones extracontractuales -entendiendo estas como aquellas que tienen una fuente distinta al contrato- prescriban en el plazo de dos años como lo refiere el numeral 4, del Artículo 2001° del Código Civil, ya que este plazo es solo aplicable como consecuencia de un daño que no se hubiera producido en el marco de una relación contractual. Asimismo, el plazo de dos años es una excepción al plazo general de 10 años para las acciones personales, además que no se encuentran solicitando una indemnización por los daños causados sino el pago de los retiros de energía y potencia sin contrato realizados en el marco de las valorizaciones efectuadas por el COES.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc manifiesta sobre este punto que en la reclamación de ELECTROPERÚ no constituye una pretensión indemnizatoria basada en una responsabilidad extracontractual, sino que estamos frente a una acreencia por la prestación de un servicio por parte de un generador en el MCP, las cuales han sido determinadas por ley. De esta manera, el pago de tales acreencias no configura una reparación por un daño producido, sino que contrarresta los desbalances que se producen en el mercado eléctrico. Por lo cual, al no tratarse de un pago con carácter indemnizatorio por responsabilidad extracontractual no es aplicable el plazo de dos años contenido en el Artículo 2001° del Código Civil. Y debido a que las normas del sector no determinan un plazo prescriptorio para solicitar el pago debe aplicarse supletoriamente el plazo de prescripción dispuesto en el numeral 1) del Artículo 2001° del Código Civil, siendo de 10 años.

El TSC coincide en lo alegado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc respecto a qué naturaleza del conflicto se circunscribe al ámbito regulatorio y constituye una acción crediticia, desvirtuando que la pretensión sea una de naturaleza extracontractual. Por lo que corresponde aplicar el plazo de prescripción a una acción personal que es de 10 años.

Consideramos que la decisión tomada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y confirmada por el TSC es acertada por las siguientes razones:

1. Las obligaciones y el sistema de responsabilidad extracontractual.

Es necesario señalar que en base a la argumentación que hemos venido sosteniendo sabemos que la obligación de pago que tiene CASAPALCA a favor de ELECTROPERÚ se deriva de la constitución de las revalorizaciones efectuadas por el COES recaídas en los informes N° COES/DO/STR-177-2009, N° COES/DO/STR-020-2010, N° COES/DO/STR-176-2009 y N° COES/DO/STR-202-2009; las cuales responden a la categoría de acto administrativo, por lo cual la fuente de obligación de pago se deriva de la naturaleza del acto administrativo. No obstante, la controversia radica en que CASAPALCA considera que la obligación de pago a favor de ELECTROPERÚ tiene como fuente el daño ocasionado a la generadora por el retiro de potencia y energía sin respaldo contractual, por lo cual como daño generado fuera del ámbito de un contrato debería aplicarse las reglas de responsabilidad extracontractual teniendo como consecuencia la aplicación del plazo prescriptorio de dos años sobre tal acción, el cual bajo consideración de CASAPALCA ya se encuentra extinto. Consideramos que la argumentación de CASAPALCA no es correcta debido a que relaciona directamente el cobro de una obligación derivada de la emisión de un acto administrativo a la aplicación del sistema de responsabilidad extracontractual.

Entendemos por obligación de acuerdo con Castillo Freyre -citando a Eduardo B. Busso- que “la obligación puede definirse como el vínculo que une al acreedor y al deudor de manera recíproca. También sirve para designar la deuda a cargo del sujeto pasivo de la relación e inadecuadamente se utiliza el término para referirse al contrato. Obligación y contrato, según Busso, son conceptos vinculados, pero totalmente diferentes. El contrato es una de las fuentes de las obligaciones y jamás puede ser confundido con la obligación misma” (2014, p. 210). Esta precisión es importante debido a que el Código Civil en el Libro VII denominado “Fuente de las Obligaciones” no regula taxativamente las fuentes de obligaciones y gran parte de este se avoca al Contrato y al daño extracontractual como fuente de obligaciones, por lo que se podría inferir incorrectamente que esas son las únicas fuentes de obligaciones en el sistema peruano. Castillo Freyre puntualiza sobre esta situación considerando “acertado porque la obligación sólo puede emanar de la voluntad o de la ley” (2014, p. 211).

Entonces, si la obligación se deriva únicamente de la emanación del contrato y la ley ¿en qué parte encontramos las obligaciones derivadas de actos administrativos? Como respuesta a tal pregunta consideramos que los actos administrativos al constituir derechos y/u obligaciones hacia el administrado en el marco de la potestad atribuida por ley tendrán como fuente de obligación a la ley. Danos concuerda con esta posición al manifestar que “la administración pública mediante la emisión de un acto administrativo puede crear, modificar o extinguir derechos, relaciones, obligaciones o situaciones jurídicas subjetivas de otros sujetos (...) tales efectos jurídicos se presenten como el ejercicio de potestades administrativas basados precisamente en normas legales que lo autorizan” (2010, p.23).

De lo explicado entendemos el error manifiesto de CASAPALCA, ya que considera que debido a que tales valorizaciones no tienen como fuente un contrato -ya que claramente derivan de la emisión de un acto administrativo y por ende tienen como fuente la ley- considera que debe aplicarse el sistema de responsabilidad extracontractual. Lo cual es una conclusión errada, ya que el sistema de responsabilidad extracontractual y sus reglas se aplican únicamente como una respuesta sobre un daño causado, el Código Civil en la Sección Sexta el Libro VII manifiesta sobre la Responsabilidad Extracontractual que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”⁶⁸ dando lugar a lo que se conoce como indemnización.

De esta manera, ELECTROPERÚ al reclamar el pago derivado de las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES, correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009 no está solicitando el pago de un resarcimiento o indemnización por el daño causado, sino que está tratando de hacer efectivo su derecho de crédito con CASAPALCA derivado de las valorizaciones emitidas por el COES. Por lo cual, corresponde ante la solicitud de ELECTROPERÚ -entendiendo que esta es una referente al cobro de una acreencia- su atención bajo la categoría de “acción personal” establecida en el Artículo 1117⁶⁹ del Código Civil, de esta manera la acción mediante la cual Por lo cual, nos encontramos de acuerdo a lo sostenido por el Colegiado y el TSC al sostener que el verdadero plazo prescriptorio deberá ser analizado a luz de una acción personal la cual posee un plazo de prescripción de diez (10) años⁷⁰.

⁶⁸ “el acreedor puede exigir el pago al deudor por la acción personal (...)”.

⁶⁹ Artículo 1969° del Código Civil

⁷⁰ Artículo 2001° del Código Civil “Plazos de prescripción: Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.”

5. CONCLUSIONES

En primer lugar, luego de revisar el mecanismo de determinación y valorización del COES podemos concluir que estos se desprenden del ejercicio de función administrativa en el marco de las atribuciones delegadas por la LCE, el RLCE y la Ley N° 28832. De esta manera, hemos evidenciado que tal atribución se manifiesta a través de actos administrativos los cuales son de obligatorio cumplimiento por los administrados, en este caso todos los Agentes Integrantes del SEIN, gozando de “ejecutividad” derivandose en eficaces, vinculantes y/o exigibles. Por tal motivo, no se puede amparar el argumento sostenido por CASAPALCA al manifestar que tales valorizaciones solo generan “relaciones comerciales” entre los agentes, ya que de lo visto mediante la determinación y valorización de potencia y energía se está creando un derecho a favor de los generadores que posean saldos positivos y obligaciones a los generadores que tengan saldos negativos. Por lo cual, concordamos con lo sostenido por el Cuerpo Colegiado Ad-hoc y el TSC respecto a la validez y exigencia de las valorizaciones efectuadas al COES pese a que han prescindido del instituto del acto administrativo han utilizado sus elementos para poder desprender su obligatoriedad. Cuestión recurrente en la literatura revisada donde se admite la vinculatoriedad de tales valorizaciones pero no se llega a definir como un acto administrativo propiamente, consideramos que esto sucede debido a que tal categorización resulta problemática en tanto el COES ha sido renuente a adoptar tal tesis alegando su constitución como entidad privada; no obstante, tal argumento queda descartado por lo explicado precedentemente sobre la naturaleza del COES y las consecuencias jurídicas de esta.

No obstante, la única precisión que tenemos sobre el fallo es que la autoridad resolutoria ha tratado de utilizar el PR-10 como el procedimiento generador de la obligación -ya que de lo contrario se ampararía lo argumentado por CASAPALCA en tanto manifiesta que se aplicó un “procedimiento especial para su determinación”- en tanto el PR-10 es un instrumento aprobado por el Ministerio de Energía y Minas y su utilización no puede ser modificada unilateralmente por el COES para interpretar el concepto de generador por el de Usuario Libre alegando la aplicación del PR-10. Sino que se tuvo que reconocer la potestad del COES (otorgada por el Reglamento COES) para poder aplicar procedimientos técnicos no contemplados en la operación del MCP -cuando la naturaleza

de la situación lo requiera- como ocurrió en el presente caso. Finalmente, CASAPALCA alega que al no estar formalmente inscrito bajo la categoría de Usuario Libre tales valorizaciones no le resultan aplicables, a lo que tanto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc como el TSC concuerdan que tales valorizaciones si le resultan aplicables al haber estado conectado al SEIN no siendo necesario su inscripción formal para la aplicación de tales mandatos. De nuestra parte consideramos que, justamente tal obligatoriedad -a pesar de no ser parte formalmente del COES- se desprende de la categoría de acto administrativo que poseen tales valorizaciones, ya que el acto administrativo es un acto de voluntad de la administración hacia sus administrados el cual no necesita necesariamente una adscripción a un gremio para que sus efectos recaigan sobre este.

En segundo lugar, sobre la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sobre la reclamación del ELECTROPERÚ a partir de lo analizado no compartimos lo sostenido por el Colegiado y el TSC en tanto manifiestan que el petitorio de ELECTROPERÚ si es una controversia plausible de resolución por tal Autoridad Administrativa. Debido a que, hemos realizado una lectura analítica de la normativa la cual expresamente detalla y requiere el cumplimiento de ciertos requisitos para que una controversia pueda ser conocido por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, lo cuales pueden resumirse en ser una controversia, surgida entre un generador y un Usuario libre, que se encuentre relacionada con aspectos técnicos, normativos o regulatorios pero que además tales aspectos sean materia de supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN. Es así como, del petitorio solicitado por ELECTROPERÚ no se desprende intención alguna de resolver una controversia relacionada con aspectos técnicos, normativos o regulatorios, sino que por el contrario admite como válido el procedimiento administrativo que derivó en la constitución del derecho de crédito que poseía; de tal manera que, la generadora lo que buscaba era hacer efectiva tal acreencia vía procedimiento administrativo trilateral. Por lo que no se encontraría dentro del supuesto de hecho de la norma y no debería estar sujeto a interpretaciones extensivas -como ocurrió en la argumentación del Cuerpo Colegiado Ad-hoc como el TSC- en tanto tratan de acoger tal supuesto mediante la función supervisora de OSINERGMIN para verificar el cumplimiento de las obligaciones del COES, las cuales observamos que claramente eran referidas a un procedimiento administrativo sancionador más no referida a la función de solución de controversias. De tal manera que, la interpretación que hemos realizado está basada en el carácter reservado del procedimiento administrativo trilateral, sus características de independencia y el rol

de la Administración como tercero imparcial frente a un conflicto intersubjetivo entre dos administrados. Finalmente, concluimos que no se debe entender de nuestra argumentación que CASAPALCA no deberá hacer efectivo el derecho de crédito que posee ELECTROPERÚ, sino lo único que manifestamos es que no es adecuado -ni legal- ir por la vía del procedimiento administrativo trilateral para hacer efectiva tal acreencia.

En tercer lugar, nos encontramos conformes con lo decidido por el Cuerpo Colegiado Ad-hoc y el TSC al desestimar el argumento sostenido por CASAPALCA al manifestar que en caso no proceden los argumentos que invalidan la obligatoriedad de tales valorizaciones deberá entenderse que tales retiros deberán entenderse sobre la base del Contrato de Suministro de energía a precio libre suscrito con ELECTROPERÚ. Debido a que, de la lectura del contrato suscrito se desprende que la expresa voluntad de la minera para que ELECTROPERÚ cubra su demanda por encima de los 4.5 MW, asimismo se firmaron dos adendas adicionales luego de resuelto el Contrato de Suministro con ENERSUR y pese a ello no se hicieron modificaciones sustanciales sobre la obligación de cubrir únicamente el exceso de consumo por arriba de 4.5 MW. Lo cual, como pudimos analizar, es una técnica muy utilizada en la suscripción de contratos de suministro entre generadores y usuarios libres, no dando lugar a interpretaciones que sobrepasen los límites de lo pactado.

Finalmente, nos encontramos de acuerdo con lo resuelto por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y el TSC al no admitir el argumento sostenido por CASAPALCA en tanto alega que el petitorio de ELECTROPERÚ es uno basado en una solicitud de indemnización por daños y perjuicios la cual posee un plazo prescriptorio de dos años y ya se habría extinguido. En primer lugar, debido a que no se puede pretender interpretar un petitorio correctamente determinado en tanto ELECTROPERÚ manifiesta expresamente que desea hacer el cobro de su acreencia en base a las valorizaciones efectuadas por el COES y en ningún momento argumenta algún tipo de daño extracontractual que dé lugar a una indemnización por daños y perjuicios y la consecuente aplicación del plazo prescriptorio de dos años. En segundo lugar, consideramos incorrecto tal argumento en tanto la fuente de obligación de pago se deriva de un acto administrativo emitido por el COES en el ejercicio de las atribuciones conferidas por ley no derivándose de un daño extracontractual como lo alega la minera, no dando lugar a la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual solo por el hecho de que la obligación no esté recogida en un contrato.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abruña, A. (2010). Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano. Lima: Universidad de Piura

Alvarado, J., & Matos, M. (2020). El contrato de suministro en el mercado libre de electricidad : Nociones generales y apuntes para su entendimiento. *Círculo de Derecho Administrativo*, 188–219.

Ariztía, M. J. (2016). *Acceso abierto en los sistemas de transmisión eléctrica*. Recuperado a partir de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140810>

Cabana, M. (2017). De los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia: acerca de su alcance y desarrollo para su implementación en los municipios de postconflicto. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.

Cáceres Freyre, F. (2001). La descentralización de la función administrativa hacia esferas privadas: el caso del coes en el sector electricidad ¿pueden resolverse sus conflictos mediante arbitraje?. *THEMIS Revista De Derecho*, (42), 351-369. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11642>

Cairampoma, A., & Villegas, P. (2018). Los alcances jurídicos del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional del Perú. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 26, 23–39. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.7764/redae.26.2>

Carbonell, M. (2012). La regulación de los Servicios Públicos: La experiencia de OSINERGMIN. *Revista de Derecho Administrativo*, 0(12), 135–142.

Carrera, J. (2015). Apuntes Sobre La Naturaleza Jurídica Del Procedimiento Trilateral. 1–10.

Dammert, A., Molinelli, F., & Carbajal, M. (2011). Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano. Recuperado a partir de https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Libro_Fundamentos_Tecnicos_Economicos_Sector_Electrico_Peruano.pdf

Danós, J. (2004). Los Organismos Reguladores de Los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. *Revista Peruana de Derecho de La Empresa*, 57, 59–94. Recuperado a partir de <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Peru-Organismos-Reguladores-de-los-Servicios-Publicos.pdf>

Danos, J. (2010). ¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano? *Revista de Derecho Administrativo*, 0(9), 21–37.

Estrada, M., Aramburo, S., & Álvarez, L. (2012). La confiabilidad en los sistemas eléctricos competitivos y el modelo colombiano de cargo por confiabilidad. *Cuadernos de Economía (Colombia)*, 31(56), 199–222. Recuperado a partir de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722012000100008

Femández, G. (1994). La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 0(27–28), 41–56.

Fernando, J. (2015). El acto administrativo como expresión de la función administrativa (Vol. 9, Issue 1). Recuperado a partir de <https://core.ac.uk/download/pdf/151723096.pdf>

Freyre, M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *THEMIS Revista de Derecho*, 66, 209–220.

Gallego, A. (2007). Actos de autoridad y potestades administrativas.

García, R., Nario, T., & Flores, C. (2010). Relaciones entre los Mercados Spot y de futuros: El caso del Sector Eléctrico. Recuperado a partir de <http://servicios.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/otono2010/RaulGarcia.pdf>

Gomez, H. (2011). El Procedimiento Trilateral: ¿Cuasijurisdiccional? *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 15–42. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13674/14298>

Kiyak, C., & De Vries, A. (2017). Electricity Market Mechanism regarding the Operational Flexibility of Power Plants. *Modern Economy*, 08(04), 567–589. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.4236/me.2017.84043>

Lopez de Castro, L. (2009): “Funciones Públicas ejercidas por particulares: el caso del operador del sistema eléctrico según la Ley 54/1997”, en: Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública, N°. 75, pp 139–178

Maraví, M. (2020). La actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG: Revisión del marco legal del OSITRAN. Forseti: Revista de Derecho, 8(11), 84–107.
<https://doi.org/10.21678/forseti.v8i11.1258>

Martín Tirado, R. (2001). El procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Derecho & Sociedad, 0(17), 221–234. Recuperado a partir de http://files.uladech.edu.pe/docente/17882157/Derecho_Procesal_Administrativo/SESION%202007/Contenido_07c.pdf

Morón, J. (2020). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS). LIMA. Gaceta Jurídica.

Okumura, P. (2015). El mercado mayorista de electricidad en el Perú. THEMIS: Revista de Derecho, 68, 261–277. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15598/16047>

OSINERGMIN (2004). Diseño Institucional y Desconcentración de los Organismos Reguladores : El caso de OSINERG. 1–53.

Priori, G. (2006). “Comentarios a la ley de proceso contencioso administrativo”. ARA editores. Tercera Edición. 113-137.

Rubio, M. (1993). El Sistema Jurídico Introducción al Derecho (6a. ed.). Lima: PUCP.

Sánchez, A. (1996). El Contrato de Suministro de Energía Eléctrica. Boletín de la Facultad de Derecho (10-11), 163-188. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1996-10-11-0092EC0C&dsID=PDF>

Santibáñez R. (2001). Electricity deregulation and privatization in Perú.

Tassano, H. (2008). Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos. Revista de Derecho Administrativo, 0(4), 89–106.

Torres, F. (2016). Análisis del marco normativo del sector eléctrico colombiano, impactos en la regulación eléctrica de la ley 1715 de 2014. Universidad Nacional de Colombia - Tesis, 216. Recuperado a partir de <http://bdigital.unal.edu.co/57540/1/TRABAJO DE GRADO REV 0.pdf>.

Vargas, E. (2019). El Procedimiento Administrativo Trilateral como mecanismo de Solución de Controversias en el Sector Eléctrico Peruano. *Círculo de Derecho Administrativo*, 96–123.

Vásquez, A., Tamayo, J., Vilches, C., & Chávez, E. (2016). La Regulación del Sector de Energía. *Osinergmin*, 40, 90.



ANEXO 1:
Contrato de Suministro
Eléctrico suscrito entre
ELECTROPERÚ y
CASAPALCA, anexos y
adendas.

con el N°
CONTRATO 123021

El que Suscribe, acredita la autenticidad de esta copia
a cuyo original, que se conserva en nuestro archivo, me
remito en caso necesario (Res. de GG N° 0-097-87/D.3)

SARA CHARUN FARFAN

Veintisiete

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD A PRECIO LIBRE ENTRE

ELECTROPERU S.A. Y COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.

Conste por el presente documento el Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre que celebran:

De una parte, en su condición de Suministrador, la empresa de generación de electricidad **ELECTROPERÚ S.A.**, identificada con Registro Único de Contribuyentes N° 20100027705, con domicilio legal en Av. Pedro Miotta N° 421, San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General (e) señor Oscar Dionisio Miranda Gutiérrez, identificado con DNI N° 08256354, designado por el Directorio en sesión N° 1262 del 2 de mayo de 2006 (en adelante, **LA GENERADORA**);

De otra parte, en su condición de Suministrado, **Compañía Minera Casapalca S.A.**, identificada con Registro Único de Contribuyentes N° 20100108292, con domicilio en Calle Los Carolinos N° 199, Miraflores, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General señor Carlos Gubbins Cox, identificado con DNI N° 10064424, facultado con poderes inscritos en el asiento C-5 de la partida electrónica N° 11412907 del Registro de Personas Jurídicas de Lima (en adelante, **EL CLIENTE**); en los términos y condiciones siguientes:

CLAUSULA PRIMERA: ANTECEDENTES

- 1.1 **LA GENERADORA** es una empresa debidamente autorizada para llevar a cabo actividades de generación y transmisión de energía eléctrica, conforme a los contratos de concesión de generación y transmisión celebrados con el Ministerio de Energía y Minas, elevados a escritura pública el 20 de febrero de 1995.
- 1.2 **EL CLIENTE** es una empresa minera que requiere que **LA GENERADORA** le suministre electricidad para sus operaciones mineras propias.
- 1.3 Las partes convienen el presente contrato, dejando constancia que se trata de un contrato de precio libre, de acuerdo al artículo 44° de la Ley.
- 1.4 Ambas partes declaran conocer que **EL CLIENTE** tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de suministro de electricidad con ENERSUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por **EL CLIENTE** con ENERSUR hasta el término del citado contrato.

CLAUSULA SEGUNDA: DEFINICIONES

Cuando se utilicen en el presente contrato los términos definidos en el **Anexo 1** tendrán el significado previsto en dicho anexo. Cuando el contexto lo requiera, los términos definidos en el **Anexo 1** tendrán el mismo significado, ya sea que se utilicen en singular o en plural.



Ventiseis

CLAUSULA TERCERA: OBJETO

3.1 Suministro de Potencia

A partir de las fechas de inicio **LA GENERADORA** se obliga a suministrar y poner a disposición de **EL CLIENTE**, en el punto de entrega las potencias máximas (en adelante Potencias Máximas) en horas de punta y en horas fuera de punta siguientes:

- i) 9,5 MW en horas de punta y en horas fuera de punta, desde el 2006-05-01 hasta el 2009-02-28, conforme a la condición establecida en 1.4; y
- ii) 14,0 MW en horas de punta y en horas fuera de punta, desde el 2009-03-01 hasta el 2012-02-28.

Las citadas potencias constituyen las máximas obligaciones de suministro de potencia de **LA GENERADORA** a **EL CLIENTE**.

A partir de las fechas de inicio **EL CLIENTE** se obliga a comprar como mínimo las potencias en horas de punta y en horas fuera de punta de:

- iii) 3,0 MW desde el 2006-05-01 hasta el 2009-02-28; y
- iiii) 7,0 MW desde el 2009-03-01 hasta el 2012-02-28;

y pagar los cargos por potencia correspondientes convenidos en 6.1. Las citadas potencias (en adelante Potencias Mínimas) constituye las mínimas obligaciones de compra de potencia de **EL CLIENTE** a **LA GENERADORA**.

A partir de las fechas de inicio, **EL CLIENTE** podrá consumir potencia en cantidades que pudiendo ser inferiores a las Potencias Mínimas, no deberán sobrepasar en ningún caso las Potencias Máximas establecida en el presente contrato.

En caso que **EL CLIENTE** requiera incrementos de las Potencias Máximas fijadas en i) y ii), **EL CLIENTE** podrá solicitar el suministro adicional a **LA GENERADORA** por escrito con una anticipación no menor de un (1) mes, con el fin de establecer las condiciones aplicables a dichos incrementos de mutuo acuerdo.

3.2 Suministro de Energía

A partir de las fechas de inicio **LA GENERADORA** se compromete a entregar mensualmente a **EL CLIENTE**, en cada uno de los respectivos puntos de entrega, una cantidad de energía activa hasta el correspondiente límite máximo siguiente:

Energía Máxima igual a la suma de la Energía Máxima en Horas de Punta y de la Energía Máxima en Horas Fuera de Punta. A tal efecto se denomina Energía Máxima en Horas de Punta a la cantidad de energía expresada en kWh igual a la sumatoria de los productos que resulten de multiplicar: (i) el

Veinticinco

X. ^(c)cuociente de la respectiva Potencia Máxima fijada en 3.1 (expresada en kW) para el período de horas de punta entre la correspondiente Demanda Máxima Mensual registrada en horas de punta de **EL CLIENTE**, de acuerdo a la definición de Demanda Máxima Mensual en Horas de Punta contenida en el apartado 23 del **Anexo 1** (ii) por cada uno de los valores de energía activa correspondientes a los períodos sucesivos de 15 minutos del período de horas de punta del mes de suministro, registrados y debidamente reflejados en el respectivo punto de entrega. Y Energía Máxima en Horas Fuera de Punta, a la cantidad de energía expresada en kWh igual a la sumatoria de los productos que resulten de multiplicar: (i) el cuociente de la respectiva Potencia Máxima fijada en 3.1 (expresada en kW) para el período de horas de fuera de punta entre la correspondiente Demanda Máxima Mensual registrada en horas fuera de punta de **EL CLIENTE**, de acuerdo a la definición de Demanda Máxima Mensual en Horas Fuera de Punta contenida en el apartado 23 del **Anexo 1** (ii) por cada uno de los valores de energía activa correspondientes a los períodos sucesivos de 15 minutos del período de horas fuera de punta del mes de suministro, registrados y debidamente reflejados en el respectivo punto de entrega.

Y a partir de las respectivas fechas de inicio **EL CLIENTE** se compromete a comprar y pagar mensualmente a **LA GENERADORA** el cargo por energía activa convenido en 6.3 y el cargo por energía reactiva convenido en 6.4.

3.3 Excesos de Consumo

LA GENERADORA no estará obligada a suministrar en cada punto de entrega más potencia que las respectivas Potencias Máximas establecidas en 3.1, ni más energía que la Energía Máxima establecida en 3.2.

En caso de que demanda máxima mensual de **EL CLIENTE** en un determinado punto de entrega excediera la respectiva Potencia Máxima en más de dos meses consecutivos o en más de tres meses no consecutivos durante el curso de un año, o su correspondiente consumo de energía activa excediera la respectiva Energía Máxima en más de dos meses consecutivos o en más de tres meses no consecutivos durante el curso de un año; sin perjuicio del cobro de las penalidades convenidas en 5.2 y 5.3 **LA GENERADORA** notificará por escrito a **EL CLIENTE** sobre dichos incumplimientos. En dichos casos, si las partes no acordaran aumentar la respectiva Potencia Máxima, **EL CLIENTE** quedará obligado a contratar con otros proveedores el suministro adicional de electricidad suficiente como para atender tales excesos.

3.4 Modificación de la Potencia Contratada

Sólo por acuerdo de las partes, con arreglo a la subcláusula 18.1, se podrá ampliar o reducir los compromisos máximos y mínimos de potencia establecidos en 3.1.

Las partes convienen que el suministro objeto del contrato tiene carácter de exclusividad; por lo que **EL CLIENTE** no podrá contratar con otros proveedores sus requerimientos adicionales de potencia y energía, respecto



a los compromisos máximos de suministro de potencia y energía establecidos en 3.1 y 3.2 respectivamente, excepto cuando **EL CLIENTE** hubiera contratado con otro proveedor parte de sus requerimientos de suministro de electricidad en fecha anterior a la de la suscripción del presente contrato o **LA GENERADORA** hubiera denegado a **EL CLIENTE** su solicitud de aumento de potencia. En este último caso, vale decir cuando en un determinado punto de entrega la correspondiente demanda máxima mensual de **EL CLIENTE** fuera superior al respectivo compromiso máximo de suministro de potencia de **LA GENERADORA**, **EL CLIENTE** podrá contratar con otros proveedores la diferencia entre dicha demanda máxima y la Potencia Máxima. En todo caso en que el suministro de electricidad a **EL CLIENTE** es compartido por **EL GENERADOR** y otros proveedores de **EL CLIENTE** la demanda máxima de **EL CLIENTE** será dividida entre sus proveedores de manera que la parte —de la citada demanda máxima— que corresponda a **LA GENERADORA** sea igual a la correspondiente Potencia Máxima fijada en 3.1.

En el mismo caso mencionado, **LA GENERADORA** asumirá la parte de la energía consumida mensualmente por **EL CLIENTE** proporcional a la Potencia Máxima establecida en 3.1 respecto de la correspondiente demanda máxima de **EL CLIENTE**.

CLAUSULA CUARTA: PLAZO

El contrato entra en vigencia en la fecha de su suscripción por los representantes de ambas partes y terminará el 28 de febrero del año 2012.

Sin perjuicio de lo prescrito en esta cláusula sobre la vigencia del contrato, el suministro de electricidad objeto del presente contrato se iniciará el 1 de mayo de 2006.

CLAUSULA QUINTA: PRECIOS, PENALIDADES Y REAJUSTES.

5.1 Por el suministro objeto del contrato **EL CLIENTE** pagará a **LA GENERADORA** -mensualmente- los precios unitarios de las tarifas establecidas en el **Anexo 2** para la potencia, energía activa y energía reactiva.

5.2 Si la demanda máxima mensual de horas de punta de **EL CLIENTE** no excediera la correspondiente Potencia Máxima establecida en 3.1, **LA GENERADORA** facturará y **EL CLIENTE** pagará la valorización de la potencia efectivamente utilizada en horas de punta.

En caso que la citada demanda máxima mensual de horas de punta resultara inferior a la correspondiente Potencia Mínima establecida en 3.1, **LA GENERADORA** facturará y **EL CLIENTE** pagará la valorización de la respectiva Potencia Mínima haya hecho o no uso de dicha Potencia Mínima.

En caso que la demanda mensual de horas de punta de **EL CLIENTE**, coincidente con la demanda máxima mensual del SEIN, excediera la correspondiente Potencia Máxima, dicho exceso será pagado por **EL CLIENTE** con una penalidad; para tal efecto **LA GENERADORA** facturará y

Veintitres

EL CLIENTE pagará por dicho exceso el precio de potencia establecido en el **Anexo 2** más una penalidad del cincuenta por ciento (50%).

- 5.3 En caso que en el período de horas de punta o en el período de horas fuera de punta la correspondiente demanda máxima mensual excediera a la respectiva Potencia Máxima, y —como consecuencia— la energía mensual retirada por **EL CLIENTE** excediera el respectivo límite máximo convenido en 3.2, dichos excesos de energía serán facturados por **LA GENERADORA** y pagados por **EL CLIENTE** a la penalidad equivalente a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía activa entre las generadoras integrantes del mismo, debidamente reflejados en los respectivos puntos de entrega. Los excesos de consumo mensual de energía activa que se registraran en el punto de entrega durante el período comprendido entre mayo y diciembre de 2006, se facturarán con aplicación de los mismos precios de energía activa establecidos en el apartado 1.1.1 del **Anexo 2**. Esta valorización es de aplicación exclusiva en el presente contrato en cuanto a la relación directa entre las partes.
- 5.4 Siendo previsible que durante la ejecución del contrato **LA GENERADORA** pueda vender a terceros potencia y energía a un precio mayor al convenido con **EL CLIENTE**, o que éste pueda comprar a otros proveedores potencia y energía a un precio menor al pactado en el contrato, las partes declaran que asumen expresamente dichos riesgos, como propios del contrato, y que siendo previsibles dichos supuestos no procederán reclamos sobre modificación de los precios pactados o de las fórmulas de reajuste convenidas, por cualquier causa; reclamos a los que renuncian recíprocamente.
- 5.5 Los precios y penalidades convenidos son netos, vale decir, no incluyen el Impuesto General a las Ventas (IGV) que será de cargo de **EL CLIENTE** y se basan en la legislación tributaria vigente a la fecha del contrato, por lo que todo cambio futuro de la ley tributaria que afecte el precio del suministro a ser recibido por **LA GENERADORA** determinará un reajuste automático de los precios convenidos, de forma tal que **LA GENERADORA** reciba siempre los precios netos pactados.

CLAUSULA SEXTA: FACTURACION Y PAGO

A partir de las fechas de inicio y durante la vigencia del contrato, la facturación del suministro se efectuará mensualmente (mes calendario) en dólares de Estados Unidos de América (US\$).

La facturación mensual se efectuará sumando los cargos por potencia, por energía activa y por energía reactiva correspondientes a cada punto de entrega, que se obtendrán en la forma siguiente:

- 6.1 El cargo mensual por potencia de horas de punta, cuando no exista excesos de consumo, será igual al producto de multiplicar la respectiva demanda máxima de **EL CLIENTE** por el respectivo precio de la potencia convenido en 5.1; debiendo facturarse —en todo caso— un cargo mínimo equivalente

Veintidos

a la valorización de las respectiva Potencia Mínima fijada en 3.1 haya sido utilizada o no por **EL CLIENTE** y sea cual fuera la causa de la no utilización, excepto los casos previstos en 6.2.

La facturación de los excesos de potencia determinados con arreglo a lo estipulado en 5.2 será igual al producto de multiplicar dichos excesos por el respectivo precio y su correspondiente penalidad convenida en 5.2.

- 6.2 En caso que en el punto de entrega no estuviera disponible parcial o totalmente la potencia contratada para el período de horas de punta, por causa imputable a **LA GENERADORA** o al o los propietarios del sistema de transmisión involucrados hasta el punto de entrega, así como por causa de fuerza mayor u otra causa no imputable a **EL CLIENTE**, se efectuarán descuentos en el correspondiente cargo fijo de potencia de acuerdo a la fórmula pactada en el **Anexo 3**.

- 6.3 El cargo mensual por energía activa será igual al producto de multiplicar la energía retirada por **EL CLIENTE** por el precio de la energía activa convenido en 5.1.

De ocurrir interrupciones del sistema de transporte de gas natural de Camisea y como consecuencia las centrales termoeléctricas previstas para operar regularmente con dicho gas dejaran de operar con ese combustible, la energía activa suministrada durante el tiempo de duración de dichas interrupciones será facturada con aplicación de los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES durante el período respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía activa entre las generadoras integrantes del mismo, debidamente reflejados en el punto de entrega. En el presente caso, para el suministro de electricidad durante las interrupciones del indicado sistema de transporte de gas natural que ocurrieran entre mayo y diciembre de 2006, la energía activa suministrada se facturará con aplicación de los mismos precios de energía activa establecidos en el apartado 1.1.1 del **Anexo 2**.

La facturación de excesos sobre los límites máximos convenidos en 3.2, será igual al producto de multiplicar dichos excesos por la penalidad convenida en 5.3.

- 6.4 Será de entera responsabilidad de **EL CLIENTE** el pago por consumo de energía reactiva inductiva y capacitiva al propietario de los sistemas de transmisión comprendidos entre el punto de entrega fijado en la **cláusula séptima** y los puntos de conexión de dichos sistemas con las instalaciones eléctricas de utilización de propiedad de **EL CLIENTE**. En caso que la empresa propietaria de la barra donde se ubica el punto de entrega fijado en la **cláusula séptima** facturara para su pago por **LA GENERADORA** algún cargo por energía reactiva inductiva y/o capacitiva sobre la base de las correspondientes mediciones efectuadas en la indicada barra, **LA GENERADORA** trasladará a **EL CLIENTE** los indicados eventuales montos facturados por dicho concepto.

- 6.5 **LA GENERADORA** emitirá y presentará a **EL CLIENTE** la factura por el suministro prestado dentro de los primeros diez (10) días del mes inmediato



Ventuno

siguiente al del consumo. La factura deberá ser pagada o podrá ser observada por **EL CLIENTE**, con los fundamentos y pruebas pertinentes, dentro del plazo de quince (15) días calendario a partir de la presentación de la factura.

- 6.6 Si la factura no fuera pagada u observada, en el plazo indicado en 6.5, **LA GENERADORA** facturará y **EL CLIENTE** deberá pagar un interés compensatorio y un interés moratorio. El interés compensatorio se determinará con aplicación de las Tasas Activas de Mercado en Moneda Extranjera (TAMEX) publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros, vigentes hasta el momento de su aplicación. El interés moratorio será equivalente al ciento quince por ciento (115%) del citado interés compensatorio.

El interés compensatorio se aplicará a partir de la fecha de vencimiento de la factura que no haya sido oportunamente cancelada, hasta la fecha de su cancelación. El interés moratorio se aplicará a partir del noveno día posterior a la fecha de vencimiento de la factura hasta la fecha de su cancelación. En ningún caso estos intereses serán acumulables.

- 6.7 Si **EL CLIENTE** efectuara observaciones a la factura, en el plazo estipulado en 6.5, **EL CLIENTE** deberá pagar el monto no observado y las partes intentarán solucionar en trato directo la divergencia sobre la parte observada, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la observación. De acordarse dentro de este plazo que la observación es infundada, **EL CLIENTE** pagará el monto observado más los intereses compensatorio y moratorio convenidos en 6.6, que se computarán hasta el día de pago del monto observado.

De no conciliarse las observaciones en trato directo en el plazo señalado en esta sección, la controversia se resolverá mediante arbitraje con arreglo a la **cláusula décimo segunda**, en cuyo caso y una vez solucionada la controversia, en caso de ser infundada la observación presentada, **EL CLIENTE** deberá pagar los adeudos resultantes incluyendo los intereses compensatorios y moratorios convenidos en 6.6, los que se computarán hasta la fecha de pago del monto observado.

- 6.8 La acumulación de deudas por un monto equivalente a dos meses de facturación por suministro de electricidad, dará lugar al corte inmediato del suministro, previa notificación escrita de **LA GENERADORA** a **EL CLIENTE**. En dicho caso, **LA GENERADORA** se reserva el derecho de coordinar con la empresa transmisora titular de la barra donde se ubica el punto de entrega establecido en la **Cláusula Séptima** para que ejecute el corte de suministro.

En tanto se mantenga la situación de corte de suministro **LA GENERADORA** facturará mensualmente y **EL CLIENTE** deberá pagar el cargo mínimo por potencia establecido en 6.1. Si la situación de corte se prolongara por un período superior a dos (2) meses, **LA GENERADORA** estará facultada para resolver el contrato por incumplimiento de **EL CLIENTE**.



20
Vente

La reconexión del suministro sólo se efectuará cuando **EL CLIENTE** haya abonado la totalidad de lo adeudado por consumos, los cargos fijos por potencia, los correspondientes costos de reconexión y otras deudas, más los intereses compensatorio y moratorio devengados convenidos en 6.6.

- 6.9 Las estipulaciones de las secciones 6.5 a 6.8 serán aplicables a las facturas que cada parte presente a la otra (distintas a las del suministro), por montos adeudados por concepto de penalidades u otros cargos pagaderos de acuerdo al contrato. Por lo que en ningún caso procederá que **EL CLIENTE** efectúe compensaciones o descuentos unilaterales en las facturas del suministro u otras emitidas por **LA GENERADORA**; los que —de producirse— constituirán un incumplimiento del contrato.

CLAUSULA SETIMA: PUNTO DE ENTREGA

El punto de entrega del suministro de electricidad objeto del presente contrato es la barra de 50 kV de la subestación Antuquito que forma parte del SEIN.

CLAUSULA OCTAVA: CARACTERISTICAS TECNICAS

- 8.1 Salvo por causas no imputables a **LA GENERADORA**, ésta se obliga a suministrar la electricidad objeto del Contrato a **EL CLIENTE** en el punto de entrega, sin exceder los rangos siguientes:

Para la tensión : +5% y -5% de la tensión media de operación, registrado en el respectivo punto de entrega, de los últimos doce (12) meses o del número de meses transcurridos desde la fecha de inicio en caso de que éste sea menor de doce (12).

Para la frecuencia : +1% y -1% de 60 Hz

Para perturbaciones (flickers y tensiones armónicas) : los convenidos en el **Anexo 4**.

El cumplimiento por **LA GENERADORA** del indicado rango de variación de tensión está condicionado a que **EL CLIENTE** mantenga un factor de potencia promedio de cada 15 minutos no menor de 0,95 inductivo.

- 8.2 Salvo por causas no imputables a **EL CLIENTE**, éste se obliga a que las perturbaciones que se presentaran en el SEIN, originadas por la operación de las instalaciones de **EL CLIENTE**, no excederán de los rangos convenidos en el **Anexo 4** para fluctuaciones de tensión, frecuencia y perturbaciones

- 8.3 Se considerará incumplimiento de los rangos estipulados en 8.1 y 8.2 —siempre que sean por causa imputable a **LA GENERADORA** o a **EL CLIENTE**, respectivamente— a las situaciones calificadas como de mala calidad en aplicación de los períodos de medición, indicadores de calidad, tolerancias y condiciones establecidas en la Norma Técnica de Calidad aprobada por D.S. N° 020-97-EM, incluidas sus modificaciones aprobadas

Diecinueve

por D.S. 009-99-EM, así como sus futuras disposiciones complementarias, modificatorias o sustitutorias. Las partes convienen que dicha Norma Técnica será de aplicación al contrato sólo en los mencionados aspectos técnicos; por lo que no serán de aplicación al contrato las compensaciones y normas sobre daños y perjuicios previstas en la citada Norma Técnica de Calidad (tanto para la mala calidad del producto como para la mala calidad del suministro), sino las penalidades y normas sobre daños y perjuicios convenidas en el contrato y supletoriamente las disposiciones pertinentes del Código Civil.

CLAUSULA NOVENA: MEDICION

9.1 Es de responsabilidad de **EL CLIENTE** la instalación y mantenimiento de sus equipos de medición o la contratación —sin costo alguno para **LA GENERADORA**— de los servicios de medición de los parámetros de consumo y de calidad de la electricidad suministrada a **EL CLIENTE**, en el punto de medición asociado al punto de entrega establecido en la **Cláusula Séptima**.

9.2 Los equipos de medición de potencia y energía serán electrónicos multifunción, de clase 0.2 IEC o mejor, con capacidad de memoria de masa para almacenar información como mínimo de treinticinco (35) días con intervalos de integración cada 15 minutos, incluyendo módem para interrogación a distancia.

LA GENERADORA podrá instalar equipos de medición similares a los de propiedad o contratados por **EL CLIENTE**, corriendo por cuenta de **LA GENERADORA** los gastos de adquisición, instalación y mantenimiento correspondientes.

9.3 La actualización de la hora, así como la modificación de la configuración de la página base y/o memoria de los medidores, que fueran necesarias, serán efectuadas bajo entera responsabilidad de **EL CLIENTE**, mediante teleproceso, previo aviso telefónico a **LA GENERADORA**. Una vez efectuadas dichas acciones, **EL CLIENTE** remitirá a **LA GENERADORA** vía correo electrónico el archivo de cada medidor, conteniendo la información almacenada hasta el intervalo de quince (15) minutos inmediato anterior a la ejecución de las indicadas acciones.

Cualquier intervención en sitio de los equipos de medición que pudiera significar alteración de los registros (reemplazos, contrastes, etc.) deberá efectuarse con previa notificación escrita a **LA GENERADORA**, con una anticipación no menor de tres (3) días hábiles; estando facultado **LA GENERADORA** para presenciar dichas intervenciones y suscribir las actas correspondientes. La inasistencia del representante de **LA GENERADORA** a las indicadas intervenciones, no constituirá impedimento para la realización de las mismas ni invalidará sus resultados.

9.4 **LA GENERADORA** utilizará, para la facturación mensual, la información almacenada en la memoria de los medidores instalados en los puntos de medición mencionados en 9.1, desde las 00:00 horas del primer día hasta las 24:00 horas del último día de cada mes. Los valores de potencia y de

Dieciocho

energía activa registrados en los puntos de medición serán reflejados en los correspondientes puntos de entrega con aplicación de los respectivos factores de pérdidas medias de transmisión y de transformación, determinados sobre la base de los correspondientes factores de pérdidas marginales de transmisión y de transformación fijados por OSINERG.

- 9.5 **EL CLIENTE** prestará a **LA GENERADORA** —sin costo adicional alguno para ésta— las facilidades necesarias para el acceso a la información registrada en los medidores a cargo de **EL CLIENTE**, vía interrogación a distancia y/o lectura directa, cumpliendo el procedimiento técnico que para tal efecto se establezca. Alternativamente, **EL CLIENTE** remitirá a **LA GENERADORA** por medio magnético o por correo electrónico, dentro de los tres primeros días calendario del mes inmediato siguiente al del suministro a facturar, los registros de potencia y de energía activa y reactiva en cada período sucesivo de quince minutos del mes de suministro objeto de facturación. De optar **EL CLIENTE** por esta última alternativa, y de no entregar los indicados registros dentro del plazo señalado, **LA GENERADORA** procederá —para la determinación de consumos de potencia y de energía a facturar— conforme a lo previsto en 9.8 para casos de falta de información sobre registros de consumos por falla de equipos de medición.

- 9.6 Para la medición de la potencia absorbida en los puntos de entrega, se considerará el valor promedio de la potencia registrada en períodos de integración de quince minutos.

- 9.7 Los equipos de medición instalados bajo responsabilidad de **EL CLIENTE** se contrastarán cuando cualquiera de las partes lo solicite por escrito. Si como resultado de la contrastación los equipos tuvieran un error superior al de su clase de precisión, el costo de la contrastación será por cuenta de **EL CLIENTE**, y si el error fuese igual o inferior a dicho límite, el costo de la contrastación será por cuenta de la parte que la solicitó.

- 9.8 En caso de que por falla de los equipos de medición no se hubieran registrado correctamente las cantidades de electricidad consumidas por **EL CLIENTE**, o que las pruebas de los equipos de medición revelaran un error superior al de su clase de precisión, o que por cualquier causa la información registrada en los equipos de medición no se encontrara disponible, **LA GENERADORA** efectuará la facturación mensual correspondiente a partir del mes en que fue detectada la falla o que no estuvo disponible la información de medición, utilizando la mejor información disponible, la cual será compatible con el balance que efectúe o apruebe el COES en la barra de transferencia correspondiente.

CLAUSULA DÉCIMA: COORDINACIONES OPERATIVAS

- 10.1 Las situaciones de emergencia, originadas por fallas o indisponibilidades imprevistas de equipos de generación y/o transmisión que se presentaran en el SEIN, deberán ser comunicadas de inmediato por **LA GENERADORA** a **EL CLIENTE**, mediante comunicación telefónica y regularizada mediante comunicación por fax o por correo electrónico dentro de las veinticuatro (24) horas, señalando en lo posible las causas de las

las referidas fallas o indisponibilidades. Las partes utilizarán el procedimiento establecido al respecto por la Norma Técnica de Operación en Tiempo Real.

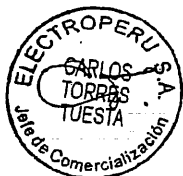
- 10.2 Las partes acuerdan intercambiar información de los programas anuales de mantenimiento de sus respectivas instalaciones, tan pronto estén disponibles, a fin de realizar las coordinaciones necesarias con el objeto de que se afecte lo menos posible el normal suministro de electricidad a EL CLIENTE.

CLAUSULA UNDÉCIMA: FUERZA MAYOR

- 11.1 La definición y efectos de la fuerza mayor (incluido el caso fortuito) se regirán por los Artículos 1315 y siguientes del Código Civil del Perú.
- 11.2 La parte directamente afectada por un evento de fuerza mayor lo comunicará por escrito a la otra parte, de inmediato y en todo caso en un plazo no mayor de cuarentiocho (48) horas de producido el evento, acreditando la forma en que afecta sus obligaciones contractuales y con un estimado de su duración. La parte notificada podrá observar la calificación de fuerza mayor o sus efectos contractuales dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al de recibida la comunicación, en cuyo caso la controversia se resolverá con arreglo a la **Cláusula Duodécima**.
- 11.3 La parte afectada en el cumplimiento de sus obligaciones por causa de fuerza mayor, hará sus mejores esfuerzos para remediar su incumplimiento a la mayor brevedad posible. Si pese a ello la causa de fuerza mayor se prolongara por más de tres (3) meses, y afectara sustancialmente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, cualquiera de las partes podrá resolver el contrato.

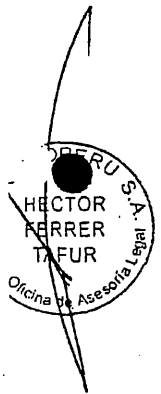
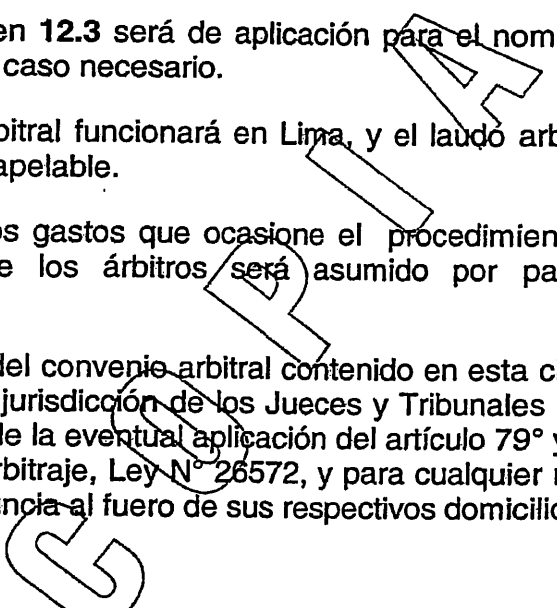
CLAUSULA DUODÉCIMA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS

- 12.1 Cualquier controversia que pudiera surgir entre las partes, derivada del contrato, será en lo posible solucionada en trato directo entre las partes en el plazo de diez (10) días hábiles prorrogables por acuerdo entre las partes.
- 12.2 De no llegarse a un acuerdo en trato directo, dentro del plazo establecido en 12.1, las partes acuerdan que cualquier controversia derivada del contrato deberá ser resuelta por medio de arbitraje de derecho, salvo acuerdo de las partes de someter una controversia específica a arbitraje de conciencia. El arbitraje se efectuará de acuerdo con el Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas se someten las partes, excepto en lo relativo al nombramiento de los árbitros que se regirá por lo pactado en la sección 12.3.
- 12.3 El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros de los cuales dos serán designados a razón de uno por cada parte y el tercero por acuerdo de los dos árbitros designados por las partes.





En caso que las partes no se pusieran de acuerdo y no designasen a los árbitros dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la notificación de la solicitud de arbitraje, la designación del árbitro o árbitros faltantes será realizada a petición de parte por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

En caso que los árbitros designados no se pongan de acuerdo en la elección del tercer árbitro en un plazo de cinco (5) días hábiles posteriores a la designación del último de ellos, la elección se efectuará a través de un sorteo entre la lista de árbitros (abogados) especialistas en obligaciones y contratos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, pudiendo cualquiera de las partes solicitar dicha relación al Secretario General del citado Centro. El sorteo se realizará con invitación a ambas partes, con presencia de un Notario Público, dentro de un plazo no menor de tres (3) días posteriores al requerimiento que efectúe la primera de ellas mediante carta notarial indicando fecha, lugar y hora del sorteo.

- 
- 
- 12.4 Lo prescrito en 12.3 será de aplicación para el nombramiento de árbitros sustitutos, en caso necesario.
- 12.5 El tribunal arbitral funcionará en Lima, y el laudo arbitral que expida será definitivo e inapelable.
- 12.6 El pago de los gastos que ocasione el procedimiento arbitral incluyendo honorarios de los árbitros será asumido por partes iguales de los contratantes.
- 12.7 Sin perjuicio del convenio arbitral contenido en esta cláusula, las partes se someten a la jurisdicción de los Jueces y Tribunales del Cercado de Lima para efectos de la eventual aplicación del artículo 79° y siguientes de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, y para cualquier materia no arbitrable, haciendo renuncia al fuero de sus respectivos domicilios legales.

CLAUSULA DECIMO TERCERA: RESOLUCION DEL CONTRATO

13.1 Causales de Resolución Contractual por Incumplimiento Previa Notificación a la Parte Infractora



13.1.1 Salvo por aquellas causales comprendidas en el numeral 13.2 de esta cláusula, las partes convienen que en la eventualidad de que alguna de las partes incumpla cualquiera de las obligaciones previstas en el presente contrato, la parte perjudicada con el incumplimiento de la otra podrá requerirla por carta notarial para que satisfaga su prestación dentro de un plazo no menor de 30 días bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato quede resuelto.

13.1.2 El incumplimiento de cualquiera de las partes permitirá a la otra parte, solicitar el pago de los daños y perjuicios expresamente estipulados en el presente contrato. En ningún caso las partes serán responsables por cualquier otro daño y/o perjuicio no

Quince

incluidos en el presente contrato, incluyendo daños incidentales, punitivos, directos, indirectos, causados a terceros y/o lucro cesante.

13.1.3 En caso de resolución del contrato con arreglo a la subcláusula 13.1.1, la parte que incurrió en dicha causal deberá pagar a la otra parte una penalidad equivalente a doce (12) veces de la facturación total mensual promedio de los últimos doce (12) meses o del período real si éste fuera inferior a doce (12) meses. La penalidad deberá ser cancelada a más tardar al mes siguiente de resuelto el contrato.

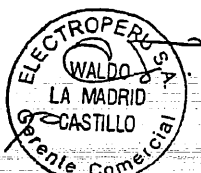
13.1.4 Las partes acuerdan expresamente que la penalidad descrita en el párrafo precedente constituirá el límite máximo de la responsabilidad de cualquiera de ellas por daños y perjuicios derivados o vinculados con el incumplimiento de obligaciones asumidas de conformidad con el presente contrato.

13.1.5 El pago de la penalidad establecida en 13.1.3 será efectuado dentro de los 30 días calendario siguientes a la fecha en que opere la resolución contractual..

13.2 Causales de Resolución Contractual de Pleno Derecho

13.2.1 Cualquiera de las partes tendrá derecho a resolver de pleno derecho el presente contrato si se verificaran cualquiera de las siguientes causales:

- a) Si alguna de las partes fuese declarada en estado de insolvencia por la autoridad competente, mediante resolución firme. Si incurriera en causal de disolución o liquidación forzosa o voluntaria. Si se viera impedida de desarrollar su objeto social voluntaria o forzosamente.
- b) Si la parte obligada desconociera o incumpliera los laudos arbitrales o las medidas cautelares que se expidan al amparo de la **Cláusula Duodécima** y que, en caso de tratarse de laudos arbitrales, no hubieran sido materia de recurso de anulación dentro del plazo legal previsto o, en su caso, cuando habiéndose interpuesto recurso de anulación, dicho recurso hubiera sido desestimado por el Poder Judicial
- c) Si alguna de las partes cediera a favor de terceros las obligaciones a su cargo emanadas del presente contrato, sin contar con la autorización previa y escrita de la otra parte.
- d) Si se mantuviera un evento de fuerza mayor que impida la ejecución total o parcial del contrato, por un plazo mayor a tres meses, con arreglo a la **Cláusula Undécima**.



Catorce

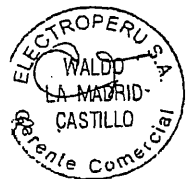
- 13.2.2 Además, **LA GENERADORA** tendrá derecho a resolver el presente contrato de pleno derecho por la causal de incumplimiento en el pago prevista en la subcláusula 6.8 del presente contrato; siempre que en este supuesto el corte del suministro se prolongara por más de dos meses.
- 13.2.3 Para la eficacia de la resolución de pleno derecho, bastará con que la parte que no se encuentre incurso en la causal resolutoria, notifique a la otra parte por la vía notarial de su decisión resolutoria, señalando de manera precisa la causal verificada.
- 13.2.4 En caso de resolución del contrato conforme a lo establecido en los numerales **13.2.1.b**, **13.2.1.c** y **13.2.2**, la parte que incurrió en la causal de resolución deberá pagar a la otra parte una penalidad equivalente a doce (12) veces la facturación total mensual promedio de los últimos doce (12) meses o del período real si éste fuera inferior a doce (12) meses.

13.3 Resolución Contractual Unilateral Sin Expresión de Causa.

- 13.3.1 Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato sin expresión de causa, bastando para ello con practicar una notificación por la vía notarial a la otra parte con no menos de 30 días calendario previos a la fecha prevista para la eficacia de la resolución. La resolución unilateral dará lugar a que la parte que la ejerce deba pagar a la otra parte, por concepto de penalidad, una suma equivalente a doce (12) veces la facturación total mensual promedio de los últimos doce (12) meses facturados por el suministro o, en su caso, doce (12) veces la facturación total mensual promedio de los meses facturados, si estos fueran menores a doce (12) meses.
- 13.3.2 La penalidad será cancelada dentro de los 30 días calendarios siguientes a la fecha en que opere la resolución unilateral.
- 13.3.3 Las partes declaran expresamente que la penalidad pactada limita el derecho de resarcimiento al cumplimiento de dicha prestación, con lo cual la parte acreedora de esta penalidad carecerá del derecho a exigir mayores montos por concepto de indemnización o daño ulterior.

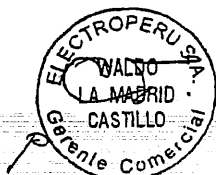
13.4 Disposición Común.

Salvo los casos previstos específicamente en este contrato, la omisión de cualquiera de las partes en exigir a la otra parte la estricta ejecución de cualquier disposición de este contrato o de ejercer cualquier derecho previsto en este contrato, no será interpretada como una renuncia o desistimiento del derecho de dicha parte a recurrir a la respectiva disposición contractual o a ejercer el correspondiente derecho, salvo que se trate de una renuncia expresa y por escrito. Ninguna renuncia que efectúe cualquiera de las partes respecto de cualquier disposición de este contrato o a ejercer cualquier derecho en caso de cualquier incumplimiento previsto en este contrato, podrá ser considerada como precedente aplicable en el futuro a otras circunstancias o a otras cláusulas, derechos o incumplimientos.



CLAUSULA DECIMO CUARTA: RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

- 14.1 En caso de racionamiento en el suministro contractual por déficit de generación en el SEIN programado por el COES, por causa imputable por el COES a **LA GENERADORA** o a cualquiera de las empresas generadoras integrantes del COES, **LA GENERADORA** indemnizará a **EL CLIENTE** por los daños que le causen dicho incumplimiento, mediante el pago de la penalidad convenida en el **Anexo 5**.
- 14.2 De producirse interrupciones del suministro contractual por fallas o indisponibilidades de los sistemas de transmisión, por causas imputables por el COES a las correspondientes empresas transmisoras, **LA GENERADORA** se obliga a trasladar de inmediato a **EL CLIENTE** la parte proporcional que le corresponda de las penalidades o indemnizaciones que, con arreglo a ley, reciba **LA GENERADORA** de las empresas transmisoras por efecto de dichas fallas o indisponibilidades.
- 14.3 En caso de inexecución de las obligaciones contractuales de las partes, o de ejecución parcial, tardía o defectuosa por fuerza mayor, caso fortuito, dichas causas se determinarán por la parte afectada de acuerdo a las normas pertinentes de Código Civil. Y en caso de controversias sobre el particular estas se resolverán con arreglo a la **cláusula duodécima**.
- 14.4 En los casos en que la ley dispone o el contrato estipula el pago de penalidades, éstas constituyen las únicas obligaciones de las partes en materia de pago de daños; y para el pago de las penalidades pactadas no será necesaria prueba alguna sobre los daños sufridos.
- 14.5 En los casos en que la ley dispone o el contrato estipula el pago de indemnizaciones entre las partes, dichas indemnizaciones están restringidas a las indemnizaciones por daños y en ningún caso procederá el pago de indemnizaciones por perjuicios o lucro cesante; indemnizaciones a las que las partes renuncian recíprocamente.
- 14.6 Excepcionalmente, **LA GENERADORA** asesorará a **EL CLIENTE**, durante los seis (6) primeros meses desde el inicio del suministro objeto del contrato o eventualmente cuando **EL CLIENTE** lo solicite, teniendo en cuenta los criterios de OSINERG y las prácticas del mercado, sobre la determinación de los montos de las facturas que le sean emitidas por el servicio de transmisión prestado a **EL CLIENTE** por la empresa de transmisión propietaria de los sistemas de transmisión comprendidos entre los puntos de entrega fijados en la **cláusula séptima** y los puntos de conexión de dichos sistemas con las instalaciones eléctricas de utilización de **EL CLIENTE**.
- 14.7 **LA GENERADORA** se compromete a remitir a **EL CLIENTE** copia de los informes que emita el COES sobre los eventos que ocurran en la operación del SEIN que hayan afectado al suministro de electricidad a **EL CLIENTE**.



CLAUSULA DECIMO QUINTA: GARANTIA

- 15.1 Cualquiera de las partes contratantes, como garantía del fiel cumplimiento del contrato, podrá requerir a la otra parte una carta fianza bancaria, emitida por un banco peruano de primera categoría que al momento de la emisión de la referida carta fianza haya sido clasificado en la categoría I por la Comisión Clasificadora de Inversiones (CCI), que publica la Superintendencia de Banca y Seguros para instrumentos de corto plazo.

En el texto de la carta fianza se expresará sus características de solidaria, incondicional, irrevocable y de realización automática a sólo requerimiento por carta notarial de la parte receptora de la carta fianza, sin necesidad de exigencia judicial para su pago o ejecución. En todo caso, el texto de la carta fianza será previamente aprobado por la parte receptora de la carta fianza.

- 15.2 La carta fianza —indicada en 15.1— será por un monto de US\$ 700 000 (setecientos mil dólares americanos); será entregada a la parte receptora de la carta fianza dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de la solicitud de la otra parte, y deberá estar vigente hasta noventa (90) días hábiles posteriores a la fecha de vencimiento del contrato establecida en la **cláusula cuarta**. Si la carta fianza fuera entregada por un plazo menor a la vigencia pactada, la parte que entregó la carta fianza por el plazo menor se obliga a entregar una nueva carta fianza como mínimo diez días hábiles antes del vencimiento del plazo de la carta fianza por fenecer; con el fin de que se mantenga siempre la vigencia estipulada en esta subcláusula.

- 15.3 Si durante la vigencia del contrato la carta fianza fuera ejecutada, la parte cuya carta fianza fue ejecutada deberá entregar a la parte ejecutora — dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecución— una nueva carta fianza por el monto ejecutado, de forma tal que se mantenga siempre el monto afianzado convenido en 15.2.

Si la ejecución de la carta fianza hubiera correspondido a una acreencia por un monto menor al establecido por la carta fianza, al momento de entregar la nueva carta fianza a la parte ejecutora ésta deberá entregar un cheque de gerencia por el saldo ejecutado en exceso a la parte cuya carta fianza fue ejecutada.

- 15.4 Las partes convienen que la entrega de la carta fianza solicitada podrá ser sustituida por la de una póliza de caución que cumpla con los mismos requisitos previstos para la carta fianza.

CLAUSULA DECIMO SEXTA: DOMICILIO

Para todos los efectos del contrato las partes señalan los siguientes domicilios:

LA GENERADORA : Av. Pedro Miotta N° 421, San Juan de Miraflores, Lima.

EL CLIENTE : Calle Los Carolinos N° 199 Miraflores, Lima.

La parte que cambie de domicilio deberá comunicarlo a la otra con un mínimo de siete (7) días de anticipación. Caso contrario serán válidas y surtirán todos sus efectos las comunicaciones y notificaciones cursadas a los domicilios señalados en esta cláusula.

CLAUSULA DECIMO SETIMA: ANEXOS

Debidamente suscritos por las partes, forman parte integrante del contrato los siguientes anexos:

- Anexo 1 : Definiciones.
- Anexo 2 : Tarifa de suministro de electricidad.
- Anexo 3 : Determinación de la potencia facturable en casos de indisponibilidad parcial o total de la potencia contratada.
- Anexo 4 : Límites máximos de fluctuaciones de perturbaciones.
- Anexo 5 : Penalidad por racionamiento de suministro.

CLAUSULA DECIMO OCTAVA: DISPOSICIONES VARIAS

18.1 Modificación del contrato

Las modificaciones del contrato que las partes acordaran durante su vigencia, tendrán validez solo a partir de la fecha en que fueran suscritas por sus representantes autorizados.

18.2 Ley Aplicable

En todo lo no previsto en el presente contrato, será de aplicación supletoria la ley peruana vigente a la fecha de celebración del contrato.

18.3 Títulos

Los títulos que aparecen al lado de cada cláusula del presente contrato, servirán solamente como referencia y no serán usados para interpretar este contrato.

18.4 Invalidez Parcial

En caso de que alguna o algunas cláusulas o subcláusulas del contrato fueran declaradas nulas, dicha nulidad no afectará a las restantes estipulaciones del contrato.

18.5 Seguridades y Garantías de Las partes

Cada una de las partes declara y garantiza a la otra parte que, en la fecha de suscripción de este contrato, (i) es una compañía debidamente

Diag

constituida, válidamente existente y en vigencia de conformidad con las leyes aplicables, (ii) está debidamente facultada para celebrar este contrato y para asumir las obligaciones bajo el mismo conforme a su estatuto social y las leyes aplicables, (iii) la suscripción y ejecución de este contrato no constituye una violación de cualquier término o disposición de, o un incumplimiento bajo, (a) cualquier contrato o convenio del que dicha parte o cualquiera de sus afiliadas o vinculadas sea parte o al que estén sujetos sus bienes, (b) sus instrumentos constitutivos o (c) cualesquiera leyes aplicables a dicha parte, cuyo incumplimiento o violación pudiera tener un efecto adverso y sustancial sobre su capacidad para cumplir con sus obligaciones bajo este contrato, y (iv) no es una entidad con derecho a inmunidad soberana u otro derecho similar, salvo por lo previsto en las leyes aplicables vigentes.

En señal de aceptación y aprobación de todas y cada una de las cláusulas de este contrato, los representantes de las partes firman en tres (3) ejemplares de igual valor, en la ciudad de Lima a los ocho días del mes de mayo de 2006.

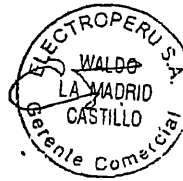
por EL CLIENTE

COMPANIA MINERA CASAPALCA S.A.

CARLOS GUBEINS COX
GERENTE GENERAL

por LA GENERADORA

OSCAR MIRANDA GUTIERREZ
Gerente General (e)
ELECTROPERU S.A.



Registrado en ELECTROPERU
con el N°
CONTRATO 123021

Nueve

ANEXO 1

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE
COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. Y ELECTROPERU S.A.

DEFINICIONES

1. "COES" significa Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional, con el alcance referido en los artículos 39 y siguientes de la Ley y su Reglamento.
2. "Contrato" significa el presente contrato de Suministro de Electricidad celebrado entre **ELECTROPERU S.A.** como **LA GENERADORA** y **Compañía Minera Casapalca S.A.** como **EL CLIENTE**, incluyendo sus anexos, que debidamente suscritos por las partes forman parte integrante del contrato; así como las modificaciones que las partes acuerden por escrito en el futuro de acuerdo a la subcláusula 18.1.
3. "Costo de racionamiento" tiene el significado previsto en el apartado 3 del Anexo de la Ley.
4. "Día" significa día calendario y comprende un período de veinticuatro (24) horas que se inicia a las cero horas (00:00:00) y termina a las veinticuatro horas (24:00:00).
5. "Día hábil" significa todos los días de lunes a viernes, excepto aquellos que hayan sido o sean declarados no laborables en el Perú por la autoridad competente.
6. "**LA GENERADORA**" significa **ELECTROPERU S.A.**
7. "**EL CLIENTE**" significa **Compañía Minera Casapalca S.A.**
8. "Hertz" o "Hz" significa unidad de frecuencia eléctrica, un ciclo por segundo.
9. "Kilowatt" o "kW" significa la potencia requerida para efectuar trabajo a la velocidad de un kilojoule por segundo.
10. "Kilovolt" o "kV" significa la diferencia de potencial entre dos bornes de un cable conductor que conduce una corriente constante de un amper, cuando la potencia entregada o retirada entre estos dos puntos es un kilovoltamper.
11. "kWh" significa la unidad de energía eléctrica en kilowatt hora.
12. "Ley" significa la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por el Decreto Ley N° 25844.
13. "Megawatt" o "MW" significa mil kilowatts (1 000 kW)
14. "Mes" significa el período de tiempo comprendido entre cualquier día de un mes calendario, contado a partir de dicho día, y el día anterior al mismo día del mes calendario siguiente o, en caso de no existir éste, el último día de



dicho mes.

15. "Parte" significa **ELECTROPERU S.A. o Compañía Minera Casapalca S.A.**, según corresponda.
 16. "Partes" significa **ELECTROPERU S.A. y Compañía Minera Casapalca S.A.**
 17. "Punto de entrega" significa barra de 50 kV de la Subestación Antuquito, o cualquier otro que las partes acuerden en el futuro.
 18. "Reglamento" significa el Reglamento de la Ley, aprobado con el Decreto Supremo N° 009-93-EM.
 19. "Sistema Interconectado Nacional (SEIN)" significa el Sistema Interconectado definido por el Ministerio de Energía y Minas del Perú, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58° de la Ley.
 20. "Fecha del contrato", significa la fecha de suscripción del contrato.
 21. "Fecha de inicio", es la fecha fijada en la **cláusula cuarta** de este contrato, en la que se iniciará la entrega del suministro por **LA GENERADORA** y la realización de los pagos por **EL CLIENTE**, de la potencia y energía objeto del contrato.
 22. "Período horario", significa horas de punta u horas fuera de punta, según corresponda, períodos definidos por las partes en el numeral 4 de Anexo 2 del presente contrato.
 23. "Demanda Máxima Mensual de **EL CLIENTE** en Horas de Punta": Es el más alto valor —registrado en el período de horas de punta en el respectivo punto de entrega— de las demandas integradas de **EL CLIENTE** en los períodos sucesivos de 15 minutos registrados en el mes correspondiente.
- "Demanda Máxima Mensual de **EL CLIENTE** en Horas Fuera de Punta": Es el más alto valor —registrado en el período de horas fuera de punta en el respectivo punto de entrega— de las demandas integradas de **EL CLIENTE** en los períodos sucesivos de 15 minutos registrados en el mes correspondiente.



Registrado en ELECTROPERU
con el N°.
CONTRATO 123021

Siete

ANEXO 2

**CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE
COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. Y ELECTROPERU S.A.**

TARIFA DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD

1. PRECIOS UNITARIOS INICIALES EN PUNTO DE ENTREGA

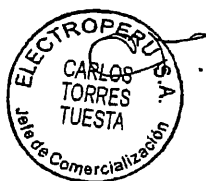
1.1 Punto de Entrega: Barra de 50 kV de la Subestación Antuquito

1.1.1 Período contractual: 1 de Mayo al 31 de Diciembre 2006

Concepto	Energía Activa US\$/MWh/a./		Potencia US\$/kW-mes
	Horas Punta	Horas Fuera de Punta	Punta
Precios de generación en Punto Entrega Barra 50 kV de la S.E. ANTUQUITO	1,05*CMgPTA	1,05*CMgFP	5,01
Precios de Transmisión b./			
Cargo base de peaje secundario por transmisión en energía: CBPSE	2,34	2,34	
Peaje del Sistema Principal de Transmisión: PCSPT			4,79
Peaje del sistema de secundario de transmisión: CPSEE03	0,11	0,11	
Precio Total en punto de Entrega	2,45 + 1,05*CMgPTA	2,45 + 1,05*CMgFP	9,80

a/ Los CMgPTA y CMgFP son los costos marginales reales de operación de corto plazo de generación del Sistema Interconectado Nacional, registrado por el COES en cada período sucesivo de quince minutos de los períodos de horas de punta y horas fuera de punta del mes correspondiente, utilizados por el COES para la valorización de transferencias de energía entre las generadoras integrantes de dicho organismo, debidamente reflejados en la barra de 50 kV de la Subestación Antuquito, con aplicación de los respectivos factores de pérdidas marginales determinadas por el COES.

b/ Son fijados y regulados por OSINERG.



1.1.2 Periodo contractual: 1 de Enero 2007 al 28 de Febrero 2012

Seis

Concepto	Energía Activa US\$ / MWh		Potencia US\$ / KW-mes
	Punta	Fuera Punta	Punta
Precios de Generación			
Precios de generación en Barra de Referencia S.E. Oroya Nueva Barra 50 KV	30,29	26,74	4,95
Precios de generación en Punto de Entrega S.E. Antuquito Barra 50 KV 4/	31,60	27,90	5,22
Precios de Transmisión 1/			
Cargo base S.E. Antuquito 50 kv: CBPSE 2/	2,34	2,34	
Precios de Peaje del Sistema Principal de Transmisión: PCSPT 3/			4,79
Peaje del sistema secundario de transmisión: CPSEE03	0,11	0,11	
Precios Totales en punto de entrega S.E. Antuquito barra 50 KV	34,05	30,35	10,01

1/ Precios referenciales. Los precios de transmisión a aplicar son fijados y regulados por OSINERG.

2/ Según resoluciones de OSINERG N° 145-2005-OS/CD y N° 260-2005-OS/CD.

3/ Según resoluciones de OSINERG N° 4446-2005-OS/CD y N° 072-2006-OS/CD.

4/ Precios Referenciales. Los precios de generación en el Punto de Entrega S.E. Antuquito Barra 50 Kv serán los que resulten de multiplicar los precios de generación en Barra de Referencia S.E. Oroya Nueva Barra 50 KV contratados, por el factor de pérdidas de potencia (utilizado por el COES-SINAC) ó el factor de pérdidas de energía (determinado y publicado por el OSINERG), respectivamente, entre la Barra Oroya Nueva 50 KV y el punto de entrega del suministro, vale decir la Barra S.E. Antuquito 50 KV.

2. PRECIOS DE TRANSMISION

El peaje de conexión al Sistema Principal de Transmisión a ser añadido al precio de la potencia en horas de punta es el fijado y regulado por el OSINERG en sus resoluciones de fijación de tarifas en barra y será reajustado con la aplicación de sus correspondientes fórmulas de actualización. Para dicho efecto el citado precio -publicado en S/./kW-mes- será convertido a US\$/kW-mes utilizando el tipo de cambio considerado por el citado organismo para la correspondiente fijación o reajuste de tarifas.

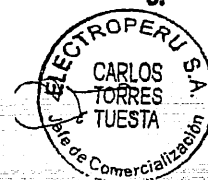
Referencialmente, a la presentación de la oferta del suministro de electricidad, el peaje unitario de conexión del Sistema Principal de Transmisión fijado por el OSINERG actualizado respecto al publicado en la resolución que fija las Tarifas en Barra aplicable al periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2005 y el 30 de abril de 2006, es de S/. 15,87/kW-mes (equivalente a US\$ 4,79/kW-mes, al tipo de cambio de S/. 3,314 del 31.01.2006), que se descompone en la forma siguiente:

- S/. 5,84/kW-mes (equivalente a US\$ 1,76/kW-mes), que es el cargo correspondiente a las instalaciones eléctricas propiamente dichas del Sistema Principal de Transmisión del SEIN.
- S/. 10,03/kW-mes (equivalente a US\$ 3,03/kW-mes, que es el cargo por Garantía por Red Principal del Proyecto Camisea (GRP) fijado en el artículo 10 de la Resolución OSINERG N° 162-2003-OS/CD

Los precios de transmisión correspondientes al Sistema Principal de Transmisión y a los Sistemas Secundarios de Transmisión son los fijados y regulados por OSINERG-GART y serán aplicados con su correspondiente fórmulas de actualización.

3. FORMULAS DE REAJUSTE DE PRECIOS DE GENERACION

Los precios de generación de potencia y de energía activa fijados en 1.1.2 serán reajustados mensualmente a partir de la fecha de inicio del correspondiente periodo contractual, de acuerdo a la



Cinw

variación del Índice de Precios al Consumidor en Estados Unidos de América (CPI) correspondientes a Todos los Consumidores Urbanos (CPI - U). Para tal efecto se aplicaran las siguientes fórmulas:

Para la Potencia:

$$P1 = P0 [(CPI1/198,3)]$$

El valor de 198,3 es el registrado para CPI0 correspondiente al mes de Enero de 2006

Para la Energía Activa:

$$E1 = E0 [0,9(PG1/2,1008) + 0,06(PC1/0,0713) + 0,036(PR1/1,2523) + 0,004(PD1/1,9653)]$$

Donde:

P1 : Precio de la potencia a facturar.

P0 : Precio inicial de potencia

E1 : Precio de la energía activa a facturar.

E0 : Precio inicial de la energía activa

CPI1: Índice de Precios al Consumidor correspondiente a Todos los Consumidores Urbanos de Estados Unidos de América (Consumer Price Index for All Urban Consumers CPI - U, seasonally adjusted), correspondiente al mes de facturación, publicado oficialmente (vía internet) por el U.S. Department of Labor- Bureau of Labor Statistics (<http://www.bls.gov/cpi/>).

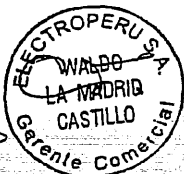
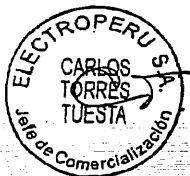
PG1: Igual al precio del gas natural denominado PGN —que incluye los correspondientes costos de transporte y distribución de gas natural— en las Resoluciones con las que el OSINERG fija las Tarifas en Barra. Según dichas resoluciones, PGN = Precio Máximo de Referencia del Gas Natural expresados en Nuevos Soles/MMBTU utilizando el tipo de cambio(TC); el cual se establecerá de acuerdo a lo señalado en el Decreto Supremo N° 016-2000-EM. Para efecto de la determinación de PG1 por OSINERG para el último día del mes de suministro, el indicado precio expresado en Nuevos Soles será convertido a US\$/MMBTU con aplicación del tipo de cambio correspondiente al último día hábil del mes de suministro materia de facturación, -cotización de oferta y demanda- tipo de cambio promedio ponderado, publicado por la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú o el organismo competente que lo sustituya.

PD1: Precio neto del petróleo diesel 2, publicado por PETROPERU en su portal web: www.petroperu.com.pe (expresado en US\$/galón), sin incluir impuestos aplicables a los combustibles, vigente el último día del mes inmediato anterior.

PR1: Precio neto del petróleo residual 6, publicado por PETROPERU en su portal web: www.petroperu.com.pe (expresado en US\$/galón), sin incluir impuestos aplicables a los combustibles, vigente el último día del mes inmediato anterior.

PC1: Precio de paridad de importación del carbón bituminoso, (expresado en US\$/kg) determinado y publicado por OSINERG —en US\$ / ton— en aplicación de su Resolución N° 062-2005-OS7CD.

De presentarse alguna variación de los precios en moneda nacional del gas natural, petróleo diesel N°2, petróleo residual N°6 en el mercado de Lima, los nuevos precios vigentes al último día hábil del mes de suministro materia de facturación serán aplicados, previa conversión a US\$, de las respectivas formulas de reajustes.



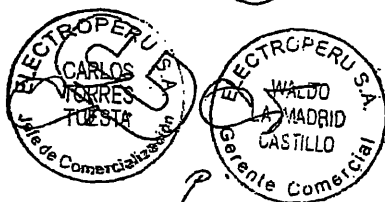
4.

PERIODOS TARIFARIOS PARA LA POTENCIA

- **Horas Punta :** De 18:00 a 21:00 horas, de lunes a sábado, excepto feriados no laborables. Siempre manteniendo la duración de tres horas continuas, las horas de inicio y fin de este periodo podrán ser modificadas por **LA GENERADORA**, a su solo criterio, en la medida que se mantengan entre las 18:00 y las 23:00. Para tal efecto, **LA GENERADORA** deberá cursar una comunicación escrita dirigida a **EL CLIENTE** cuando menos con una anticipación de sesenta (60) días calendario antes del inicio del Periodo de Facturación en que será implementada la modificación.
- **Horas Fuera de Punta :** No se facturará por la Potencia durante las horas fuera de punta: es decir de 23:00 a 18:00 horas, de lunes a sábado, exceptuando feriados no laborables, y de 00:00 a 24:00 horas, los días domingos y feriados no laborables.

PERIODOS TARIFARIOS PARA LA ENERGÍA

- **Horas Punta :** De 18:00 a 23:00 horas, de lunes a sábado, excepto feriados no laborables.
- **Horas Fuera de Punta :** De 23:00 a 18:00 horas, de lunes a sábado, exceptuando feriados no laborables, y de 00:00 a 24:00 horas, los días domingos y feriados no laborables.



Registrado en ELECTROPERU
con el N°
CONTRATO 123021

ANEXO 3

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE
COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. Y ELECTROPERU S.A.

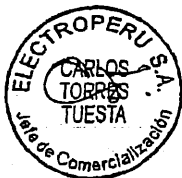
DETERMINACION DE LA POTENCIA FACTURABLE EN CASOS
DE INDISPONIBILIDAD PARCIAL O TOTAL DE LA
POTENCIA CONTRATADA

En casos de indisponibilidad parcial o total de la potencia contratada en el punto de entrega, por causa imputable a **LA GENERADORA**, al o a los propietarios del sistema de transmisión involucrado hasta el punto de entrega, así como por causa de fuerza mayor u otra causa no imputable a **EL CLIENTE**, la potencia reducida facturable, correspondiente a cada período tarifario, se determinará de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$PF_k = \left(\frac{1}{N_k} \right) [PC_k (N_k - n) + \sum_{i=1}^n Pr_{ki}]$$

Donde:

- PF : potencia reducida facturable en el mes, en kW.
- PC : demanda máxima de potencia suministrada en el mes, en kW.
- Pr : potencia promedio registrada en cada período de quince (15) minutos, en kW.
- k : indicador del período tarifario, en correspondencia con los períodos considerados para la facturación de la potencia.
- i : contador de períodos de quince minutos en los que se presentó restricción o interrupción del suministro de potencia.
- n : número total de períodos de quince minutos en los que se presentó restricción o interrupción del suministro de potencia.
- N : número total de períodos de quince minutos en el período tarifario considerado, durante el mes de facturación.



Registrado en ELECTROPERU
con el N°
CONTRATO 123021

ANEXO 4

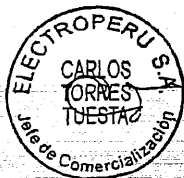
CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE
COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. Y ELECTROPERU S.A.
LIMITES MAXIMOS DE FLUCTUACIONES DE PERTURBACIONES

La energía a suministrar será entregada con cumplimiento de los niveles mínimos de perturbaciones (flickers y tensiones armónicas) previstos en la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos (en adelante, Norma), aprobada por D.S. N° 020-97-EM de fecha 97.10.09 incluidas sus modificaciones aprobadas por D.S. 009-99-EM, así como sus futuras disposiciones complementarias, modificatorias o sustitutorias. Las partes convienen que la Norma será de aplicación al contrato sólo en lo concerniente a perturbaciones (flickers y tensiones armónicas); por lo que no serán de aplicación al contrato las compensaciones y normas sobre daños y perjuicios previstas en la citada Norma (tanto para la mala calidad del producto como para la mala calidad del suministro), sino las penalidades y normas sobre daños y perjuicios convenidas en el contrato y supletoriamente las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Si ocurre un incumplimiento de los niveles mínimos de perturbaciones estipulados en el párrafo anterior, por causa imputable por el COES a **LA GENERADORA**, ésta deberá indemnizar a **EL CLIENTE** por los daños que le haya causado dicho incumplimiento, con arreglo a la **cláusula catorce** y otras pertinentes del contrato. Si ocurre un incumplimiento de los referidos niveles mínimos de perturbaciones, por causa imputable por el COES a otra empresa generadora o transmisora integrante del SEIN, **LA GENERADORA** trasladará a **EL CLIENTE** las indemnizaciones que reciba de dichas empresas causantes de las perturbaciones, quedando **LA GENERADORA** liberada de cualquier otra responsabilidad (pago de penalidad o indemnización por daños y perjuicios) frente a **EL CLIENTE**.

De comprobarse que la carga de **EL CLIENTE** es la causante de perturbaciones que exceden los niveles mínimos de perturbaciones indicados en el presente anexo, **LA GENERADORA** podrá desconectar el suministro sin responsabilidad de su parte, quedando obligado **EL CLIENTE** a instalar por su cuenta los dispositivos eléctricos compensadores necesarios para garantizar que las perturbaciones se mantengan dentro de los niveles estipulados.

Si los indicados excesos de perturbaciones afectaran a terceros y como consecuencia **LA GENERADORA** tuviera que pagar compensaciones en aplicación de lo establecido en el apartado 5.3.4 de la Norma, **EL CLIENTE** reembolsará a **LA GENERADORA** los montos que ésta haya pagado a terceros por concepto de dicha compensaciones, contra presentación por **LA GENERADORA** a **EL CLIENTE** de los documentos que demuestren los respectivos pagos efectuados, siempre que se haya demostrado técnicamente que las perturbaciones indicadas hayan sido ocasionadas por las instalaciones de **EL CLIENTE**.



1
Una

Registrado en ELECTROPERU
con el N°
CONTRATO 123021

ANEXO 5

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD ENTRE COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. Y ELECTROPERU S.A. PENALIDAD POR RACIONAMIENTO DEL SUMINISTRO

1. NORMAS

- 1.1 La penalidad convenida en la **subcláusula 14.1** será pagada sólo en los casos previstos en la misma subcláusula.
- 1.2 La penalidad será equivalente a la diferencia que resulte entre el costo variable de autogeneración o generación termoeléctrica —fijado en 250 US\$/MWh por acuerdo entre las partes— y el respectivo precio de energía activa que corresponda pagar a **EL CLIENTE** de acuerdo al contrato —incluidos sus reajustes— en el mes de ocurrencia del racionamiento de suministro.
- 1.3 La penalidad se pagará sin perjuicio de los descuentos en los cargos fijos de potencia que se efectuarán de acuerdo a lo establecido en la **subcláusula 6.2** del contrato.
- 1.4 La penalidad se pagará mediante una nota de crédito a favor de **EL CLIENTE** que emitirá **LA GENERADORA** en mes siguiente a aquél en que se produjo el racionamiento de suministro.

2. PROCEDIMIENTO

Para cuantificar el monto de la penalidad a pagar se observará el procedimiento siguiente:

- 2.1 La energía dejada de suministrar debido al racionamiento programado por el COES, a que se refiere la **subcláusula 14.1** del contrato, será igual a la diferencia entre el consumo normal y la energía registrada durante el período de racionamiento; siempre y cuando dicha diferencia sea positiva.
- 2.2 Para la determinación del consumo normal se considerará el mismo periodo de tiempo de ocurrencia del racionamiento correspondiente al día anterior del mismo nombre más próximo al de ocurrencia del racionamiento, en los que (período de tiempo y día anterior) el suministro de electricidad a **EL CLIENTE** en el punto de entrega se haya efectuado normalmente.

El consumo normal será igual a la energía medida durante el mismo periodo de tiempo que el de ocurrencia del racionamiento, correspondiente al día del mismo nombre más próximo determinado de acuerdo al criterio descrito en el párrafo inmediato anterior.
- 2.3 La penalidad estipulada en el punto 1.2 de este anexo, se aplicará a la cantidad de energía dejada de suministrar, calculada según 2.1 y 2.2.



ELECTROPERU
Contrato N° 123021
1ª ADENDA 12352

El que Suscribe, acredita la autenticidad de esta copia
a cuyo original, que se conserva en nuestro archivo, me
remito en caso necesario (Res. de GG N° G-097-87/D.3)

SARA CHARUN FARFAN
Registro y Control
ELECTROPERU S.A.

Tratándose

**CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD A PRECIO LIBRE ENTRE
ELECTROPERU S.A. Y COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.**

PRIMERA ADENDA

Conste por el presente documento la Primera Adenda del Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre suscrito por las mismas partes el 8 de mayo de 2006, que celebran:

De una parte, en su condición de Suministrador, la empresa de generación de electricidad **ELECTROPERU S.A.**, identificada con Registro Único de Contribuyentes N° 20100027705, con domicilio legal en Av. Pedro Miotta N° 421, San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General (e) señor Oscar Dionisio Miranda Gutiérrez, identificado con DNI N° 08256354, designado por el Directorio en sesión N° 1262 del 2 de mayo de 2006 (en adelante, **LA GENERADORA**);

De otra parte, en su condición de Suministrado, **Compañía Minera Casapalca S.A.**, identificada con Registro Único de Contribuyentes N° 20100108292, con domicilio en Calle Los Carolinos N° 199, Miraflores, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General señor Carlos Gubbins Cox, identificado con DNI N° 10064424, facultado con poderes inscritos en el asiento C-5 de la partida electrónica N° 11412907 del Registro de Personas Jurídicas de Lima (en adelante, **EL CLIENTE**); en los términos y condiciones siguientes:

I. OBJETO DE LA ADENDA

Las partes acuerdan modificar, para su aplicación a partir del 1 de junio de 2006, las cláusulas Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta del contrato, cuyos textos quedan sustituidos por los siguientes:

"CLAUSULA TERCERA: OBJETO

3.1 Suministro de Potencia

A partir de 2006-06-01 **LA GENERADORA** se obliga a suministrar y poner a disposición de **EL CLIENTE**, en el punto de entrega las potencias máximas (en adelante Potencias Máximas) en horas de punta y en horas fuera de punta siguientes:

- i) 2,0 MW en horas de punta y en horas fuera de punta, desde el 2006-06-01 hasta el 2006-12-31. **EL CLIENTE** comunicará por escrito a **LA GENERADORA**, con una anticipación no menor de sesenta (60) días calendario, el valor de la Potencia Máxima que registrará para el período



Treintoch

comprendido entre el 2007-01-01 y el 2009-02-28. Las mencionadas Potencias Máximas se aplicarán conforme a la condición establecida en 1.4; y

- ii) 12,0 MW en horas de punta y en horas fuera de punta, desde el 2009-03-01 hasta el 2012-02-29

Las citadas potencias constituyen las máximas obligaciones de suministro de potencia de **LA GENERADORA** a **EL CLIENTE**.

A partir de 2006-06-01 **EL CLIENTE** se obliga a comprar como mínimo las potencias en horas de punta y en horas fuera de punta de:

- iii) 1,0 MW desde el 2006-06-01 hasta el 2006-12-31; para el período comprendido entre el 2007-01-01 y el 2009-02-28, las partes acordarán —con una anticipación no menor de sesenta (60) días calendario— el valor de la potencia que **EL CLIENTE** estará obligado a comprar como mínimo durante dicho período; y

- iv) 7,0 MW desde el 2009-03-01 hasta el 2012-02-29;

y pagar los cargos por potencia correspondientes convenidos en 6.1. Las citadas potencias (en adelante Potencias Mínimas) constituye las mínimas obligaciones de compra de potencia de **EL CLIENTE** a **LA GENERADORA**.

A partir de las fechas de inicio, **EL CLIENTE** podrá consumir potencia en cantidades que pudiendo ser inferiores a las Potencias Mínimas, no deberán sobrepasar en ningún caso las Potencias Máximas establecidas en el presente contrato.

En caso que **EL CLIENTE** requiera incrementos de las Potencias Máximas fijadas en i) y ii), **EL CLIENTE** podrá solicitar el suministro adicional a **LA GENERADORA** por escrito con una anticipación no menor de sesenta (60) días calendario, con el fin de establecer las condiciones aplicables a dichos incrementos de mutuo acuerdo.

3.2 Suministro de Energía

A partir de las fechas de inicio **LA GENERADORA** se compromete a entregar mensualmente a **EL CLIENTE**, en cada uno de los respectivos puntos de entrega, una cantidad de energía activa hasta el correspondiente límite máximo siguiente:

Energía Máxima igual a la suma de la Energía Máxima en Horas de Punta y de la Energía Máxima en Horas Fuera de Punta. A tal efecto se denomina Energía Máxima en Horas de Punta a la cantidad de energía expresada en kWh igual a la sumatoria de los productos que resulten de multiplicar: (i) el cuociente de la respectiva Potencia Máxima fijada en 3.1 (expresada en kW) para el período de horas de punta entre la correspondiente Demanda Máxima Mensual registrada en horas de punta de **EL CLIENTE**, de acuerdo a la definición de Demanda Máxima Mensual en Horas de Punta contenida en el apartado 23 del **Anexo 1** (ii) por cada uno de los valores de energía activa correspondientes a los períodos sucesivos de 15 minutos del período de horas de punta del mes de suministro, registrados y debidamente

Treinta y siete

reflejados en el respectivo punto de entrega. Y Energía Máxima en Horas Fuera de Punta, a la cantidad de energía expresada en kWh igual a la sumatoria de los productos que resulten de multiplicar: (i) el cociente de la respectiva Potencia Máxima fijada en 3.1 (expresada en kW) para el período de horas de fuera de punta entre la correspondiente Demanda Máxima Mensual registrada en horas fuera de punta de **EL CLIENTE**, de acuerdo a la definición de Demanda Máxima Mensual en Horas Fuera de Punta contenida en el apartado 23 del **Anexo 1** (ii) por cada uno de los valores de energía activa correspondientes a los períodos sucesivos de 15 minutos del período de horas fuera de punta del mes de suministro, registrados y debidamente reflejados en el respectivo punto de entrega.

Y a partir de las respectivas fechas de inicio **EL CLIENTE** se compromete a comprar y pagar mensualmente a **LA GENERADORA** el cargo por energía activa convenido en 6.3 y el cargo por energía reactiva convenido en 6.4.

3.3 Excesos de Consumo

LA GENERADORA no estará obligada a suministrar en cada punto de entrega más potencia que las respectivas Potencias Máximas establecidas en 3.1, ni más energía que la Energía Máxima establecida en 3.2.

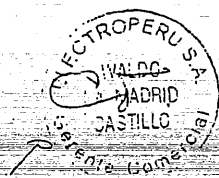
En caso de que demanda máxima mensual de **EL CLIENTE** en un determinado punto de entrega excediera la respectiva Potencia Máxima en más de dos meses consecutivos o en más de tres meses no consecutivos durante el curso de un año, o su correspondiente consumo de energía activa excediera la respectiva Energía Máxima en más de dos meses consecutivos o en más de tres meses no consecutivos durante el curso de un año; sin perjuicio del cobro de las penalidades convenidas en 5.2 y 5.3 **LA GENERADORA** notificará por escrito a **EL CLIENTE** sobre dichos incumplimientos. En dichos casos, si las partes no acordaran aumentar la respectiva Potencia Máxima, **EL CLIENTE** quedará obligado a contratar con otros proveedores el suministro adicional de electricidad suficiente como para atender tales excesos.

Las partes convienen en exceptuar la aplicación de los límites máximos de consumo de potencia y de energía de **EL CLIENTE**, así como las otras condiciones establecidas en el primer y segundo párrafo de la presente subcláusula, durante el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2006.

CLAUSULA CUARTA: PLAZO

El contrato entra en vigencia en la fecha de su suscripción por los representantes de ambas partes y terminará el 29 de febrero del año 2012.

Sin perjuicio de lo prescrito en esta cláusula sobre la vigencia del contrato, el suministro de electricidad objeto del presente contrato se iniciará el 1 de mayo de 2006.



Trintiseis

CLAUSULA QUINTA: PRECIOS, PENALIDADES Y REAJUSTES.

- 5.1 Por el suministro objeto del contrato **EL CLIENTE** pagará a **LA GENERADORA** -mensualmente- los precios unitarios de las tarifas establecidas en el **Anexo 2** para la potencia, energía activa y energía reactiva.
- 5.2 Si la demanda máxima mensual de horas de punta de **EL CLIENTE** no excediera la correspondiente Potencia Máxima establecida en **3.1**, **LA GENERADORA** facturará y **EL CLIENTE** pagará la valorización de la potencia efectivamente utilizada en horas de punta.

En caso que la citada demanda máxima mensual de horas de punta resultara inferior a la correspondiente Potencia Mínima establecida en **3.1**, **LA GENERADORA** facturará y **EL CLIENTE** pagará la valorización de la respectiva Potencia Mínima haya hecho o no uso de dicha Potencia Mínima.

En caso que la demanda mensual de horas de punta de **EL CLIENTE**, coincidente con la demanda máxima mensual del SEIN, excediera la correspondiente Potencia Máxima, dicho exceso será pagado por **EL CLIENTE** con una penalidad; para tal efecto **LA GENERADORA** facturará y **EL CLIENTE** pagará por dicho exceso el precio de potencia establecido en el **Anexo 2** más una penalidad del cincuenta por ciento (50%). Conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del numeral **3.3**, dicha penalidad no será de aplicación durante el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2006.

- 5.3 En caso que en el período de horas de punta o en el período de horas fuera de punta la correspondiente demanda máxima mensual excediera a la respectiva Potencia Máxima, y —como consecuencia— la energía mensual retirada por **EL CLIENTE** excediera el respectivo límite máximo convenido en **3.2**, dichos excesos de energía serán facturados por **LA GENERADORA** y pagados por **EL CLIENTE** a la penalidad equivalente a los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES durante el mes respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía activa entre las generadoras integrantes del mismo, debidamente reflejados en los respectivos puntos de entrega. Los excesos de consumo mensual de energía activa que se registraran en el punto de entrega durante el período comprendido entre mayo y diciembre de 2006, se facturarán con aplicación de los mismos precios de energía activa establecidos en el apartado 1.1.1 del **Anexo 2**, vale decir, sin la aplicación de penalidad alguna. Esta valorización y facturación es de aplicación exclusiva en el presente contrato en cuanto a la relación directa entre las partes.

- 5.4 Siendo previsible que durante la ejecución del contrato **LA GENERADORA** pueda vender a terceros potencia y energía a un precio mayor al convenido con **EL CLIENTE**, o que éste pueda comprar a otros proveedores potencia y energía a un precio menor al pactado en el contrato, las partes declaran que asumen expresamente dichos riesgos, como propios del contrato, y que siendo previsibles dichos supuestos no procederán reclamos sobre modificación de los precios pactados o de las fórmulas de reajuste

Trinitario

convenidas, por cualquier causa; reclamos a los que renuncian recíprocamente.

- 5.5 Los precios y penalidades convenidos son netos, vale decir, no incluyen el Impuesto General a las Ventas (IGV) que será de cargo de **EL CLIENTE** y se basan en la legislación tributaria vigente a la fecha del contrato, por lo que todo cambio futuro de la ley tributaria que afecte el precio del suministro a ser recibido por **LA GENERADORA** determinará un reajuste automático de los precios convenidos, de forma tal que **LA GENERADORA** reciba siempre los precios netos pactados.

CLAUSULA SEXTA: FACTURACION Y PAGO

A partir de las fechas de inicio y durante la vigencia del contrato, la facturación del suministro se efectuará mensualmente (mes calendario) en dólares de Estados Unidos de América (US\$).

La facturación mensual se efectuará sumando los cargos por potencia, por energía activa y por energía reactiva correspondientes a cada punto de entrega, que se obtendrán en la forma siguiente:

- 6.1 El cargo mensual por potencia de horas de punta, cuando no exista excesos de consumo, será igual al producto de multiplicar la respectiva demanda máxima de **EL CLIENTE** por el respectivo precio de la potencia convenido en 5.1; debiendo facturarse —en todo caso— un cargo mínimo equivalente a la valorización de las respectiva Potencia Mínima fijada en 3.1 haya sido utilizada o no por **EL CLIENTE** y sea cual fuera la causa de la no utilización, excepto los casos previstos en 6.2.

La facturación de los excesos de potencia determinados con arreglo a lo estipulado en 5.2 será igual al producto de multiplicar dichos excesos por el respectivo precio y su correspondiente penalidad convenida en 5.2. Conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del numeral 3.3, los excesos de consumo de potencia que se registren durante el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2006, no serán objeto de aplicación de penalidad alguna.

- 6.2 En caso que en el punto de entrega no estuviera disponible parcial o totalmente la potencia contratada para el período de horas de punta, por causa imputable a **LA GENERADORA** o al o los propietarios del sistema de transmisión involucrados hasta el punto de entrega, así como por causa de fuerza mayor u otra causa no imputable a **EL CLIENTE**, se efectuarán descuentos en el correspondiente cargo fijo de potencia de acuerdo a la fórmula pactada en el Anexo 3.

- 6.3 El cargo mensual por energía activa será igual al producto de multiplicar la energía retirada por **EL CLIENTE** por el precio de la energía activa convenido en 5.1.

De ocurrir interrupciones del sistema de transporte de gas natural de Camisea y como consecuencia las centrales termoeléctricas previstas para



Tratamiento

operar regularmente con dicho gas dejaran de operar con ese combustible, la energía activa suministrada durante el tiempo de duración de dichas interrupciones será facturada con aplicación de los correspondientes costos marginales de corto plazo determinados por el COES durante el período respectivo y utilizados por dicho organismo para valorizar las transferencias de energía activa entre las generadoras integrantes del mismo, debidamente reflejados en el punto de entrega. En el presente caso, para el suministro de electricidad durante las interrupciones del indicado sistema de transporte de gas natural que ocurrieran entre mayo y diciembre de 2006, la energía activa suministrada se facturará con aplicación de los mismos precios de energía activa establecidos en el apartado 1.1.1 del **Anexo 2**.

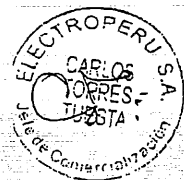
La facturación de excesos de consumo de energía activa sobre los correspondientes límites máximos convenidos en **3.2**, será igual al producto de multiplicar dichos excesos por la penalidad convenida en **5.3**. Conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del numeral **3.3**, los excesos de consumo de energía activa que se registren durante el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2006, no serán objeto de aplicación de penalidad alguna.

6.4 Será de entera responsabilidad de **EL CLIENTE** el pago por consumo de energía reactiva inductiva y capacitiva al propietario de los sistemas de transmisión comprendidos entre el punto de entrega fijado en la **cláusula séptima** y los puntos de conexión de dichos sistemas con las instalaciones eléctricas de utilización de propiedad de **EL CLIENTE**. En caso que la empresa propietaria de la barra donde se ubica el punto de entrega fijado en la **cláusula séptima** facturara para su pago por **LA GENERADORA** algún cargo por energía reactiva inductiva y/o capacitiva sobre la base de las correspondientes mediciones efectuadas en la indicada barra, **LA GENERADORA** trasladará a **EL CLIENTE** los indicados eventuales montos facturados por dicho concepto.

6.5 **LA GENERADORA** emitirá y presentará a **EL CLIENTE** la factura por el suministro prestado dentro de los primeros diez (10) días del mes inmediato siguiente al del consumo. La factura deberá ser pagada o podrá ser observada por **EL CLIENTE**, con los fundamentos y pruebas pertinentes, dentro del plazo de quince (15) días calendario a partir de la presentación de la factura.

6.6 Si la factura no fuera pagada u observada, en el plazo indicado en **6.5**, **LA GENERADORA** facturará y **EL CLIENTE** deberá pagar un interés compensatorio y un interés moratorio. El interés compensatorio se determinará con aplicación de las Tasas Activas de Mercado en Moneda Extranjera (TAMEX) publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros, vigentes hasta el momento de su aplicación. El interés moratorio será equivalente al ciento quince por ciento (115%) del citado interés compensatorio.

El interés compensatorio se aplicará a partir de la fecha de vencimiento de la factura que no haya sido oportunamente cancelada, hasta la fecha de su cancelación. El interés moratorio se aplicará a partir del noveno día posterior



33
Treinta y tres

a la fecha de vencimiento de la factura hasta la fecha de su cancelación. En ningún caso estos intereses serán acumulables.

- 6.7 Si **EL CLIENTE** efectuara observaciones a la factura, en el plazo estipulado en 6.5, **EL CLIENTE** deberá pagar el monto no observado y las partes intentarán solucionar en trato directo la divergencia sobre la parte observada, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la observación. De acordarse dentro de este plazo que la observación es infundada, **EL CLIENTE** pagará el monto observado más los intereses compensatorio y moratorio convenidos en 6.6, que se computarán hasta el día de pago del monto observado.

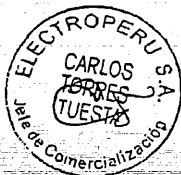
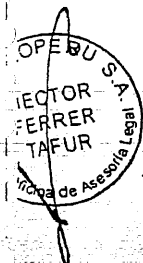
De no conciliarse las observaciones en trato directo en el plazo señalado en esta sección, la controversia se resolverá mediante arbitraje con arreglo a la **cláusula décimo segunda**, en cuyo caso y una vez solucionada la controversia, en caso de ser infundada la observación presentada, **EL CLIENTE** deberá pagar los adeudos resultantes incluyendo los intereses compensatorios y moratorios convenidos en 6.6, los que se computarán hasta la fecha de pago del monto observado.

- 6.8 La acumulación de deudas por un monto equivalente a dos meses de facturación por suministro de electricidad, dará lugar al corte inmediato del suministro, previa notificación escrita de **LA GENERADORA** a **EL CLIENTE**. En dicho caso, **LA GENERADORA** se reserva el derecho de coordinar con la empresa transmisora titular de la barra donde se ubica el punto de entrega establecido en la **Cláusula Séptima** para que ejecute el corte de suministro.

En tanto se mantenga la situación de corte de suministro **LA GENERADORA** facturará mensualmente y **EL CLIENTE** deberá pagar el cargo mínimo por potencia establecido en 6.1. Si la situación de corte se prolongara por un período superior a dos (2) meses, **LA GENERADORA** estará facultada para resolver el contrato por incumplimiento de **EL CLIENTE**.

La reconexión del suministro sólo se efectuará cuando **EL CLIENTE** haya abonado la totalidad de lo adeudado por consumos, los cargos fijos por potencia, los correspondientes costos de reconexión y otras deudas, más los intereses compensatorio y moratorio devengados convenidos en 6.6.

- 6.9 Las estipulaciones de las secciones 6.5 a 6.8 serán aplicables a las facturas que cada parte presente a la otra (distintas a las del suministro), por montos adeudados por concepto de penalidades u otros cargos pagaderos de acuerdo al contrato. Por lo que en ningún caso procederá que **EL CLIENTE** efectúe compensaciones o descuentos unilaterales en las facturas del suministro u otras emitidas por **LA GENERADORA**; los que —de producirse— constituirán un incumplimiento del contrato. "



Treintidos

II. DISPOSICIONES GENERALES

Todas las otras estipulaciones del Contrato se mantienen vigentes, en cuanto no hayan sido expresamente modificadas por la presente Adenda.

Firmado en la ciudad de Lima a los 27 días del mes de junio de 2006.

por LA GENERADORA

por EL CLIENTE



Miranda
OSCAR MIRANDA GUTIÉRREZ
Gerente General (e)
ELECTROPERU S.A.



COPIA

ELECTROPERU	123021
Contrato N°	2DA
ADENDA	12491

El que Suscribe, acredita la autenticidad de esta copia
a cuyo original, que se conserva en nuestro archivo, se
hace en caso necesario (Res. de GG N° G-097-87/11)

Tercerías

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD A PRECIO LIBRE ENTRE
ELECTROPERU S.A. Y COMPAÑIA MINERA CASAPALCA S.A.

SARA CHARUN FARFAN
Registro y Control
ELECTROPERU S.A.

SEGUNDA ADENDA

Conste por el presente documento la Segunda Adenda del Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre suscrito por las mismas partes el 8 de mayo de 2006, que celebran:

De una parte, en su condición de Suministrador, la empresa de generación de electricidad **ELECTROPERU S.A.**, identificada con Registro Unico de Contribuyentes N° 20100027705, con domicilio legal en Av. Pedro Miotto N° 421, San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General (e) señor Oscar Dionisio Miranda Gutiérrez, identificado con DNI N° 08256354, designado por el Directorio en sesión N° 1262 del 2 de mayo de 2006 (en adelante, **LA GENERADORA**);

De otra parte, en su condición de Suministrado, **Compañía Minera Casapalca S.A.**, identificada con Registro Único de Contribuyentes N° 20100108292, con domicilio en Calle Los Carolinos N° 199, Miraflores, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General señor Carlos Gubbins Cox, identificado con DNI N° 10064424, facultado con poderes inscritos en el asiento C-5 de la partida electrónica N° 11412907 del Registro de Personas Jurídicas de Lima (en adelante, **EL CLIENTE**); en los términos y condiciones siguientes:

I. OBJETO DE LA ADENDA.

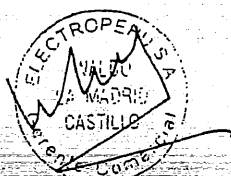
Las partes acuerdan modificar, para su aplicación a partir del 1 de octubre de 2006, la Cláusula Tercera, cuyo texto queda sustituido por el siguiente:

CLAUSULA TERCERA: OBJETO

3.1 Suministro de Potencia

A partir de 2006-10-01 **LA GENERADORA** se obliga a suministrar y poner a disposición de **EL CLIENTE**, en el punto de entrega las potencias máximas (en adelante Potencias Máximas) en horas de punta y en horas fuera de punta siguientes:

- i) 3,0 MW en horas de punta y en horas fuera de punta, desde el 2006-10-01 hasta el 2006-12-31 y; 4,5 MW en horas de punta y en horas fuera de punta, desde el 2007-01-01 hasta el 2009-02-28. Las mencionadas Potencias Máximas se aplicarán conforme a la condición establecida en 1.4; y



- ii) 12,0 MW en horas de punta y en horas fuera de punta, desde el 2009-03-01 hasta el 2012-02-29.

Las citadas potencias constituyen las máximas obligaciones de suministro de potencia de **LA GENERADORA** a **EL CLIENTE**.

A partir de 2006-10-01 **EL CLIENTE** se obliga a comprar como mínimo las potencias en horas de punta y en horas fuera de punta de:

- iii) 1,0 MW desde el 2006-10-01 hasta el 2009-02-28;

- iv) 7,0 MW desde el 2009-03-01 hasta el 2012-02-29;

y pagar los cargos por potencia correspondientes convenidos en 6.1. Las citadas potencias (en adelante Potencias Mínimas) constituye las mínimas obligaciones de compra de potencia de **EL CLIENTE** a **LA GENERADORA**.

A partir de las fechas de inicio, **EL CLIENTE** podrá consumir potencia en cantidades que pudiendo ser inferiores a las Potencias Mínimas, no deberán sobrepasar en ningún caso las Potencias Máximas establecidas en el presente contrato.

En caso que **EL CLIENTE** requiera incrementos de las Potencias Máximas fijadas en i) y ii), **EL CLIENTE** podrá solicitar el suministro adicional a **LA GENERADORA** por escrito con una anticipación no menor de sesenta (60) días calendario, con el fin de establecer las condiciones aplicables a dichos incrementos de mutuo acuerdo.

3.2 Suministro de Energía

A partir de las fechas de inicio **LA GENERADORA** se compromete a entregar mensualmente a **EL CLIENTE**, en cada uno de los respectivos puntos de entrega, una cantidad de energía activa hasta el correspondiente límite máximo siguiente:

Energía Máxima igual a la suma de la Energía Máxima en Horas de Punta y de la Energía Máxima en Horas Fuera de Punta. A tal efecto se denomina Energía Máxima en Horas de Punta a la cantidad de energía expresada en kWh igual a la sumatoria de los productos que resulten de multiplicar: (i) el cociente de la respectiva Potencia Máxima fijada en 3.1 (expresada en kW) para el período de horas de punta entre la correspondiente Demanda Máxima Mensual registrada en horas de punta de **EL CLIENTE**, de acuerdo a la definición de Demanda Máxima Mensual en Horas de Punta contenida en el apartado 23 del **Anexo 1** (ii) por cada uno de los valores de energía activa correspondientes a los períodos sucesivos de 15 minutos del período de horas de punta del mes de suministro, registrados y debidamente reflejados en el respectivo punto de entrega. Y Energía Máxima en Horas Fuera de Punta, a la



cantidad de energía expresada en kWh igual a la sumatoria de los productos que resulten de multiplicar: (i) el cuociente de la respectiva Potencia Máxima fijada en 3.1 (expresada en kW) para el período de horas de fuera de punta entre la correspondiente Demanda Máxima Mensual registrada en horas fuera de punta de **EL CLIENTE**, de acuerdo a la definición de Demanda Máxima Mensual en Horas Fuera de Punta contenida en el apartado 23 del **Anexo 1** (ii) por cada uno de los valores de energía activa correspondientes a los períodos sucesivos de 15 minutos del período de horas fuera de punta del mes de suministro, registrados y debidamente reflejados en el respectivo punto de entrega.

Y a partir de las respectivas fechas de inicio **EL CLIENTE** se compromete a comprar y pagar mensualmente a **LA GENERADORA** el cargo por energía activa convenido en 6.3 y el cargo por energía reactiva convenido en 6.4.

3.3 Excesos de Consumo

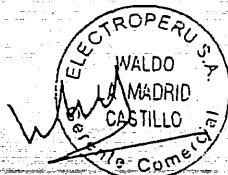
LA GENERADORA no estará obligada a suministrar en cada punto de entrega más potencia que las respectivas Potencias Máximas establecidas en 3.1, ni más energía que la Energía Máxima establecida en 3.2.

En caso de que demanda máxima mensual de **EL CLIENTE** en un determinado punto de entrega excediera la respectiva Potencia Máxima en más de dos meses consecutivos o en más de tres meses no consecutivos durante el curso de un año, o su correspondiente consumo de energía activa excediera la respectiva Energía Máxima en más de dos meses consecutivos o en más de tres meses no consecutivos durante el curso de un año; sin perjuicio del cobro de las penalidades convenidas en 5.2 y 5.3 **LA GENERADORA** notificará por escrito a **EL CLIENTE** sobre dichos incumplimientos. En dichos casos, si las partes no acordaran aumentar la respectiva Potencia Máxima, **EL CLIENTE** quedará obligado a contratar con otros proveedores el suministro adicional de electricidad suficiente como para atender tales excesos.

Las partes convienen en exceptuar la aplicación de los límites máximos de consumo de potencia y de energía de **EL CLIENTE**, así como las otras condiciones establecidas en el primer y segundo párrafo de la presente subcláusula, durante el período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2006.

3.4 Modificación de la Potencia Contratada

Sólo por acuerdo de las partes, con arreglo a la subcláusula 18.1, se podrá ampliar o reducir los compromisos máximos y mínimos de potencia establecidos en 3.1.



Veintiocho

Las partes convienen que el suministro objeto del contrato tiene carácter de exclusividad; por lo que **EL CLIENTE** no podrá contratar con otros proveedores sus requerimientos adicionales de potencia y energía, respecto a los compromisos máximos de suministro de potencia y energía establecidos en 3.1 y 3.2 respectivamente, excepto cuando **EL CLIENTE** hubiera contratado con otro proveedor parte de sus requerimientos de suministro de electricidad en fecha anterior a la de la suscripción del presente contrato o **LA GENERADORA** hubiera denegado a **EL CLIENTE** su solicitud de aumento de potencia. En este último caso, vale decir cuando en un determinado punto de entrega la correspondiente demanda máxima mensual de **EL CLIENTE** fuera superior al respectivo compromiso máximo de suministro de potencia de **LA GENERADORA**, **EL CLIENTE** podrá contratar con otros proveedores la diferencia entre dicha demanda máxima y la Potencia Máxima. En todo caso en que el suministro de electricidad a **EL CLIENTE** es compartido por **EL GENERADOR** y otros proveedores de **EL CLIENTE** la demanda máxima de **EL CLIENTE** será dividida entre sus proveedores de manera que la parte —de la citada demanda máxima— que corresponda a **LA GENERADORA** sea igual a la correspondiente Potencia Máxima fijada en 3.1.

En el mismo caso mencionado, **LA GENERADORA** asumirá la parte de la energía consumida mensualmente por **EL CLIENTE** proporcional a la Potencia Máxima establecida en 3.1 respecto de la correspondiente demanda máxima de **EL CLIENTE**.

II. DISPOSICIONES GENERALES

Todas las otras estipulaciones del Contrato y de su Primera Adenda se mantienen vigentes, en cuanto no hayan sido expresamente modificadas por la presente Adenda.

Firmado en la ciudad de Lima a los 13 días del mes de noviembre de 2006.

por **LA GENERADORA**



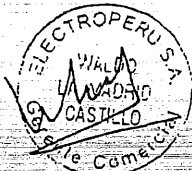
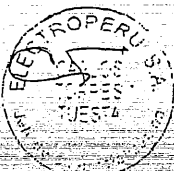
OSCAR MIRANDA GUTIÉRREZ
Gerente General (e)
ELECTROPERU S.A.

por **EL CLIENTE**

COMPANIA MINERA CARAPALCA S.A.



CARLOS GUBBINS COX
GERENTE GENERAL



ANEXO 2:
Escrito de reclamación de
ELECTROPERÚ.

PRES	OSINERGMIN REGIONAL LIMA RECIBIDO 09 DIC. 2011	GPM
GPGN		GART
GG		JAPU
GFHL		GTOS
GFE		CR
201100163723		4:50
REGISTRO		HORA
LA RECEPCION DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD		

Expediente N°

Escrito N° 1

Sumilla: Solicita inicio de
Procedimiento de solución de
controversias

318.

Trescientos
dieciseis

SEÑOR PRESIDENTE DEL CUERPO COLEGIADO PERMANENTE DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA:

EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. – ELECTROPERÚ S.A. (en adelante **ELECTROPERÚ**), con R.U.C. No. 20100027705, con domicilio real y procesal en Prolongación Av. Pedro Miotta N° 421, San Juan de Miraflores, debidamente representado por su apoderado Juan Humberto Peña Acevedo, identificado con DNI N° 07975691 (Anexo 1.A), según poder que se adjunta (Anexo 1.B), a usted atentamente decimos:

Solicitamos el inicio de un procedimiento administrativo de solución de controversias conforme al Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 0826-2002-OS/CD.

I. RECLAMADO

COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. (en adelante se le denominará **CASAPALCA**) con domicilio en Calles Los Carolinos N° 199, Miraflores - Lima.

II. PETITORIO

Constituyen petitorios de la presente reclamación:

2.1 PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Cuerpo Colegiado ordene al reclamado **COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.** el pago de S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84, incluyendo el IGV) a **ELECTROPERÚ S.A.** por sus retiros de potencia y

315
Trescientos
quince

energía activa sin respaldo contractual que el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante COES) ha asignado a ELECTROPERÚ S.A. en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.

2.2 PRETENSIÓN ACCESORIA

Se ordene el pago de los intereses correspondientes a la deuda considerada en nuestra pretensión principal, así como las costas y costos que nos genere la tramitación del presente reclamo.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

- 3.1 El COES, en las valorizaciones mensuales de transferencias de potencia y energía activa correspondientes a los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009, asignó a los generadores integrantes del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante SEIN) retiros de potencia y energía sin respaldo contractual realizados por CASAPALCA en los indicados meses de mayo de 2006 a febrero de 2009.
- 3.2 CASAPALCA efectuó retiros de electricidad entre mayo de 2006 a febrero de 2009 en virtud al contrato de suministro que tenían suscrito con ENERSUR, empresa generadora integrante del COES, Sin embargo, posteriormente dicho contrato fue resuelto arbitrariamente, por lo que el COES los consideró como retiros sin respaldo contractual.
- 3.3 CASAPALCA ha pagado a diversos generadores integrantes del SEIN los retiros sin respaldo contractual que el COES ha asignado a dichos generadores entre el ya citado período de mayo de 2006 a febrero de 2009.
- 3.4 ELECTROPERÚ, mediante carta N° C-1374-2011 de fecha 07 de octubre de 2011 (Anexo 1.J), ha requerido a CASAPALCA el pago de su factura N° 005-12474 por el monto de S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84, incluyendo el IGV), emitida por el concepto de valorizaciones de los retiros sin contrato de potencia y energía activa efectuados por CASAPALCA del

314
Trescientos
catorce

SEIN asignados por el COES a ELECTROPERÚ en los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009. Dicho requerimiento fue realizado por ELECTROPERÚ debido a que, al verse afectado con las asignaciones del COES, está en su derecho a exigirle a CASAPALCA el pago del valor de los retiros sin contrato de potencia y energía que le fueron atribuidos.

Como demostración del citado monto de S/. 4 571 296,50 sin IGV considerado en la factura N° 005-12474, remitimos a CASAPALCA —junto con dicha factura— adjuntamos los siguientes cuadros, elaborados con el único fin de que se conozcan con la mayor claridad los montos mensuales asignados por el COES a ELECTROPERÚ:

- Cuadro N° 1 "Valorización de los retiros sin contrato de Compañía Minera Casapalca S.A. asignados por el COES a ELECTROPERÚ. Período: mayo 2006 - febrero 2009" (Anexo 1.C).
- Cuadro N° 2 "Retiros sin contrato de potencia (kW) del COES por Compañía Minera Casapalca S.A. Período: mayo 2006 - febrero 2009" (Anexo 1.D).
- Cuadro N° 3 "Retiros sin contrato de energía activa (MWh) del COES por Compañía Minera Casapalca S.A. Período: mayo 2006 - febrero 2009" (Anexo 1.E).

3.5 Sin embargo, es importante destacar que los valores considerados en los citados cuadro N° 1, cuadro N° 2 y cuadro N° 3 han sido tomados (como corresponde, según lo establecido) por ELECTROPERÚ de los respectivos informes del COES correspondientes a las Valorizaciones de Transferencias de Energía Activa y a las Valorizaciones de Transferencias de Potencia de los indicados meses de mayo 2006 a febrero de 2009, remitidos en su oportunidad por dicho Comité a nuestra Empresa.

En lo que sigue se detallan los números y nombres de los informes y, en su caso, archivos del COES, a partir de los cuales hemos extraído los valores considerados en los citados cuadros:

a. Valorizaciones de Transferencias de Energía Activa:

- a.1 Informe N° COES/DO/STR-177-2009 *"Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Energía Activa por revocatoria de la medida cautelar de Electroandes"* del 11 de setiembre de 2009, remitido por el COES a ELECTROPERÚ con

su carta N° COES/D-1471-2009 (Anexo 1.F). Entre los anexos de dicho Informe se incluye —para cada uno de los meses de mayo de 2006 a abril de 2007— el **Cuadro 9: "Pago entre Generadoras integrantes por Transferencia de Energía Activa"**, en los que se encuentra el monto en Nuevos Soles (S/.) asignado por el COES a ELECTROPERÚ por el retiro sin contrato de energía activa de CASAPALCA de mayo de 2006 a abril de 2007.

- a.2 En la página Web del COES (www.coes.org.pe/wcoes/inicio.aspx), se encuentran los archivos (ejemplo: archivo 8_TE0209r5.xls) de las revisiones y recálculos de las transferencias de energía activa del Informe mencionado en a.1, de los cuales se ha obtenido —para cada uno de los meses de mayo de 2006 a abril de 2007— el **Cuadro 1: "Balance de Energía Activa del COES"**, en el que se muestra la energía del Retiro Sin Contrato (R869SCL) de CASAPALCA en la barra Antuquito 50 kV y su respectiva valorización total en S/. de mayo de 2006 a abril de 2007.
- a.3 Informe N° COES/DO/STR-020-2010 *"Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Energía Activa según lo dispuesto por el Directorio del COES en la sesión N° 344 del 03 de noviembre de 2009 relativo al Laudo Arbitral del proceso seguido por ELECTROPERÚ al COES"* del 27 de enero de 2010, remitido por el COES a ELECTROPERÚ con su carta N° COES/D/DO-74-2010 (Anexo 1.G). Entre los anexos de dicho Informe se incluye —para cada uno de los meses de mayo de 2007 a febrero de 2009— el **Cuadro 9: "Pago entre Generadoras integrantes por Transferencia de Energía Activa"**, en el que se encuentra el monto en Nuevos Soles (S/.) asignado por el COES a ELECTROPERÚ por el retiro sin contrato de CASAPALCA de mayo de 2007 a febrero de 2009.
- a.4 En la página Web del COES (www.coes.org.pe/wcoes/inicio.aspx), se encuentran los archivos (ejemplo: archivo 8_TE0209r5.zip) de las revisiones y recálculos de las transferencias de energía Informe mencionado en a.3, de los cuales se ha obtenido el **Cuadro 1: "Balance de Energía Activa del COES"**, en el que se

muestra la energía del Retiro Sin Contrato (R869SCL) de CASAPALCA en la barra Antuquito 50 kV y su respectiva valorización total en S/. de mayo de 2007 a febrero de 2009.

b. Valorizaciones de Transferencias de Potencia:

b.1 Informe N° COES/DO/STR-176-2009 *"Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Potencia por revocatoria de la medida cautelar de Electroandes"* del 11 de setiembre de 2009, remitido por el COES a ELECTROPERÚ con su carta N° COES/D-1470-2009 (Anexo 1.H). En la página Web del COES (www.coes.org.pe/wcoes/inicio.aspx) se encuentran los archivos (ejemplo: archivo 1-tp-05-06-r9.xls) de las revisiones y recálculos de las transferencias de potencia del citado Informe, de los cuales hemos obtenido los cuadros siguientes:

- **Contratos "Determinación Sin Contratos":** Muestra la potencia del Retiro Sin Contrato de CASAPALCA en la barra Antuquito 50 kV, de mayo de 2006 a abril de 2007.
- **Tarifas:** Muestra el precio de potencia en la barra Antuquito 50 kV empleado en la valorización de la potencia del Retiro Sin Contrato de CASAPALCA, de mayo de 2006 a abril de 2007.
- **Peajes:** Muestra el *"Peaje por conexión unitario PONDERADO"* a aplicarse para la valorización del peaje del Retiro Sin Contrato de CASAPALCA en la barra Antuquito 50 kV, de mayo de 2006 a abril de 2007.

b.2 Informe N° COES/DO/STR-202-2009 *"Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Potencia por revocatoria de las medidas cautelares de ELECTROPERÚ y Eléctrica Santa Rosa"* del 23 de octubre de 2009, remitido por el COES a ELECTROPERÚ con su carta N° COES/D-1727-2009 (anexo 1.I). En la página Web del COES (www.coes.org.pe/wcoes/inicio.aspx) se encuentran los archivos (ejemplo: archivo 1_TP-02-09-r5.xls) de las revisiones y recálculos de las transferencias de potencia del mencionado Informe, de los cuales hemos obtenido los cuadros siguientes:

341
Trescientos
once

- **Contratos** "Determinación Sin Contratos": Muestra la potencia del Retiro Sin Contrato de CASAPALCA en la barra Antuquito 50 kV, de mayo de 2007 a febrero de 2009.
- **Tarifas**: Muestra el precio de potencia en la barra Antuquito 50 kV empleado en la valorización de la potencia del Retiro Sin Contrato de CASAPALCA, de mayo de 2007 a febrero de 2009.
- **Peajes**: Muestra el "Peaje por conexión unitario PONDERADO" a aplicarse para la valorización del peaje del Retiro Sin Contrato de CASAPALCA en la barra Antuquito 50 kV, de mayo de 2007 a febrero de 2009.

3.6 CASAPALCA dio respuesta a la carta N° C-1374-2011 de ELECTROPERÚ mediante su comunicación N° CMC/GAF.090.11, de fecha 18 de octubre de 2011 (Anexo 1.K), exponiendo que los retiros que realizó en mayo de 2006 a febrero de 2009, fueron en virtud del contrato de suministro de electricidad celebrado entre CASAPALCA y ENERSUR S.A., el cual estuvo vigente hasta febrero de 2009. Agrega que la ineficacia de dicho contrato viene siendo discutido ante el Poder Judicial y que en caso éste declare la ineficacia del contrato celebrado con ENERSUR, dichos retiros deberán ser asumidos por ELECTROPERÚ en cumplimiento al Contrato de Suministro de Electricidad a precio libre celebrado entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ el 08 de mayo de 2006, correspondiendo a ELECTROPERÚ asumir todos los consumos de energía y potencia realizados entre el mes de mayo de 2006 a febrero de 2009.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 4.1. De acuerdo con el literal c) del artículo 46 del Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General de OSINERGMIN (según ha sido modificado, el "Reglamento de OSINERGMIN"), OSINERGMIN es competente para conocer en la vía administrativa las *"Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y USUARIOS LIBRES, (...), relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG"*.

340
Trescientos
diez

4.2. En el mismo sentido, el literal a) del artículo 2 de la Resolución OSINERG No. 0826-2002-OS/CD., Reglamento de Solución de Controversias de OSINERGMIN (según ha sido modificado, el "Reglamento SCO"), establece que los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las *"Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, (...), relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG."*

4.3. Las normas transcritas evidencia que corresponde al OSINERGMIN ejerciendo su función de solución de controversias dar trámite al pedido que venimos formulando con el presente reclamo. En el presente caso, estamos ante una afectación al funcionamiento del mercado eléctrico derivada de los retiros de CASAPALCA sin la debida autorización por parte de ELECTROPERU, por lo que corresponde a las instancias de solución de controversias se pronuncien respecto a los retiros indebidos de CASAPALCA y ordene el pago a favor de ELECTROPERU conforme la información proporcionada por el COES en sus valorizaciones mensuales de transferencias de potencia y energía activa.

4.4. Cabe manifestar que los alcances del pronunciamiento judicial o arbitral al que se refiere CASAPALCA en su comunicación N° CMC/GAF.090.11, de fecha 18 de octubre de 2011 (Anexo 1.K), no resultan aplicables a ELECTROPERÚ S.A., debido a que son ajenos a nuestra relación contractual con dicha empresa, la cual se encuentra regulada en el "Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre entre ELECTROPERÚ S.A. y COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.", suscrito el 08 de mayo de 2006, y su Primera y Segunda Adendas suscritas el 27 de junio de 2006 y el 13 de noviembre de 2006, respectivamente, en adelante el Contrato ELECTROPERÚ-CASAPALCA (Anexo 1.N).

4.5. Es de precisar que la cláusula 1.4 del Contrato ELECTROPERÚ-CASAPALCA establece en forma textual lo siguiente:

"1.4 Ambas partes declaran conocer que **EL CLIENTE** tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de suministro de electricidad con ENESUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por EL CLIENTE con ENERSUR hasta el término del citado contrato." (resaltado añadido).

En las cláusulas 3.1 y 3.2 del Contrato ELECTROPERÚ-CASAPALCA se establecen los compromisos máximos de suministro de potencia y de la energía de ELECTROPERÚ (**LA GENERADORA**) a CASAPALCA (**EL CLIENTE**), adicionales al suministro de hasta 4,5 MW contratado por esta última con ENERSUR, conforme lo prescribe la cláusula 4.1 del Contrato.

Además, la cláusula 3.4 (segundo párrafo) del Contrato ELECTROPERÚ-CASAPALCA prescribe: "Las partes convienen que el suministro objeto del contrato tiene carácter de exclusividad; por lo que **EL CLIENTE** no podrá contratar con otros proveedores sus requerimientos adicionales de potencia y energía, respecto a los compromisos máximos de suministro de potencia y energía establecidos en 3.1 y 3.2 respectivamente, excepto cuando **EL CLIENTE** hubiera contratado con otro proveedor parte de sus requerimientos de suministro de electricidad en fecha anterior a la de la suscripción del presente contrato o **LA GENERADORA** hubiera denegado a **EL CLIENTE** su solicitud de aumento de potencia..."(subrayado añadido).

4.6. Contrariamente a lo que expresa CASAPALCA en su carta N° CMC/GAF.090.11, de fecha 18 de octubre de 2011 (Anexo 1.K), el Contrato ELECTROPERÚ-CASAPALCA no tiene disposición expresa ni condición tácita alguna que establezca o permita interpretar la posibilidad de que ELECTROPERÚ S.A., asuma la responsabilidad del suministro de electricidad de hasta 4,5 MW contratado por CASAPALCA con

308
Trescientos
ochu

ENERSUR, en la eventualidad de que el respectivo contrato suscrito entre dichas dos empresas quedara resuelto.

- 4.7. Finalmente, mencionamos que las precisiones antes efectuadas de los alcances del Contrato ELECTROPERÚ-CASAPALCA, fueron hechas de conocimiento del COES en forma oportuna con nuestra carta N° C-0543-2010 de fecha 16 de abril de 2010 (anexo 1.M) ante una pretensión similar de CASAPALCA de que ELECTROPERÚ asuma la responsabilidad del suministro de hasta 4,5 MW contratado por CASAPALCA a ENERSUR.

V. MEDIOS PROBATORIOS

En calidad de medios probatorios ofrecemos el mérito de los siguientes

Documentales:

- 5.1. Copia del cuadro N° 1 Valorización de los retiros sin contrato de Compañía Minera Casapalca S.A. asignados por el COES a ELECTROPERÚ. Periodo: mayo 2006 - febrero 2009.
- 5.2. Copia del cuadro N° 2 Retiros sin contrato de potencia (kW) del COES por Compañía Minera Casapalca S.A. Periodo: mayo 2006 - febrero 2009.
- 5.3. Copia del cuadro N° 3 Retiros sin contrato de energía activa (MWh) del COES por Compañía Minera Casapalca S.A. Periodo: mayo 2006 - febrero 2009.
- 5.4. Copia de la carta N° COES/D-1471-2009; copia del Informe N° COES/DO/STR-177-2009 "Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Energía Activa por revocatoria de la medida cautelar de Electroandes" del 11 de setiembre de 2009; copia del Cuadro 9 y del Cuadro 1 mencionados en los acápites 3.5.a.1 y 3.5.a.2, respectivamente, del presente informe.
- 5.5. Copia de la carta N° COES/D/DO-74-2010; copia del Informe N° COES/DO/STR-020-2010 "Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Energía Activa según lo dispuesto por el Directorio del COES en la sesión N° 344 del 03 de noviembre de 2009 relativo al Laudo Arbitral del proceso seguido por ELECTROPERÚ al COES" del 27 de enero de 2010; copia del Cuadro 9 y del Cuadro 1 mencionados en los acápites 3.5.a.3 y 3.5.a.4 del presente informe.

807
Trescientos
siete

- 5.6. Copia de la carta N° COES/D-1470-2009; copia del Informe N° COES/DO/STR-176-2009 "Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Potencia por revocatoria de la medida cautelar de Electroandes" del 11 de setiembre de 2009; copia de los cuadros: Contratos, Tarifas y Peajes, descritos en el acápite 3.5.b.1 del presente informe.
- 5.7. Copia de la carta N° COES/D-1727-2009; copia del Informe N° COES/DO/STR-202-2009 "Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Potencia por revocatoria de las medidas cautelares de ELECTROPERÚ y Eléctrica Santa Rosa" del 23 de octubre de 2009; copia de los cuadros: Contratos, Tarifas y Peajes, descritos en el acápite 3.5.b.2 del presente informe..8. Copia de la carta N° C-1374-2011 de fecha 07 de octubre de 2011, remitida por ELECTROPERÚ a CASAPALCA.
- 5.9. Copia de la Carta C-1374-2011 de fecha 07 de octubre de 2011, remitida por ELECTROPERÚ a CASAPALCA.
- 5.10. Copia de la carta N° CMC/GAF.090.11 de fecha 18 de octubre de 2011, remitida por CASAPALCA a ELECTROPERÚ.
- 5.11. Copia de la Factura N° 005-0012474.
- 5.12. Copia de la carta N° C-0543-2010 de fecha 16 de abril de 2010, remitida por ELECTROPERÚ al COES.
- 5.13. Copia del contrato de suministro de electricidad suscrito entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA con sus respectivas adendas.

Exhibicionales:

La exhibición que deberá realizar CASAPALCA de los acuerdos suscritos con los generadores del SEIN relacionados con los retiros sin respaldo contractual.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y declarar fundado el petitorio de la presente reclamación.

OTROS DECIMOS: ANEXOS

En calidad de anexos cumplimos con adjuntar lo siguiente:

306
Trescientos
sú5

1. A. Copia del D.N.I del suscrito.
1. B. Copia legalizada del poder del suscrito.
1. C. Copia del cuadro N° 1 Valorización de los retiros sin contrato de CASAPALCA asignados por el COES a ELECTROPERÚ. Periodo: mayo 2006 - febrero 2009.
1. D. Copia del cuadro N° 2 Retiros sin contrato de potencia (kW) del COES por CASAPALCA. Periodo: mayo 2006 - febrero 2009.
1. E. Copia del cuadro N° 3 Retiros sin contrato de energía activa (kWh) del COES por CASAPALCA. Periodo: mayo 2006 - febrero 2009.
1. F. Copia de la carta N° COES/D-1471-2009; copia del Informe N° COES/DO/STR-177-2009 *"Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Energía Activa por revocatoria de la medida cautelar de Electroandes"*; copia del Cuadro 9 y del Cuadro 1.
1. G. Copia de la carta N° COES/D/DO-74-2010; copia del Informe N° COES/DO/STR-020-2010 *"Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Energía Activa según lo dispuesto por el Directorio del COES en la sesión N° 344 del 03 de noviembre de 2009 relativo al Laudo Arbitral del proceso seguido por ELECTROPERÚ al COES"* del 27 de enero de 2010; copia del Cuadro 9 y del Cuadro 1.
1. H. Copia de la carta N° COES/D-1470-2009; copia del Informe N° COES/DO/STR-176-2009 *"Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Potencia por revocatoria de la medida cautelar de Electroandes"* del 11 de setiembre de 2009; copia de los cuadros: Contratos, Tarifas y Peajes.
1. I. Copia de la carta N° COES/D-1727-2009; copia del Informe N° COES/DO/STR-202-2009 *"Recálculo de la Valorización de las Transferencias de Potencia por revocatoria de las medidas cautelares de ELECTROPERÚ y Eléctrica Santa Rosa"* 23 de octubre de 2009; copia de los cuadros: Contratos, Tarifas y Peajes.

305
Trescientos
cinco

- 1. J. Cópia de la carta N° C-1374-2011 de fecha 07 de octubre de 2011, remitida por ELECTROPERÚ a CASAPALCA.
- 1. K. Cópia de la carta N° CMC/GAF.090.11 de fecha 18 de octubre de 2011, remitida por CASAPALCA a ELECTROPERÚ.
- 1. L. Cópia de la Factura N° 005-0012474.
- 1. M. Cópia de la carta N° C-0543-2010 de fecha 16 de abril de 2010, remitida por ELECTROPERÚ al COES.
- 1. N. Cópia del Contrato de Suministro de Electricidad suscrito entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA con sus respectivas adendas.

Lima, 7 de diciembre de 2011.


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Apoderado
CAL 22398
ELECTROPERU S.A.

ANEXO 3:
Escrito de contestación de
reclamación de CASAPALCA.



PRES	OSINERGMIN	GFM	COMPANIA MINERA S.A.
GFGN	REGIONAL LIMA	GART	
GG	RECIBIDO	JARU	
GFM	09 FEB. 2012	OTROS	X
GFE		OR	
201200020243		15:33	
REGISTRO		HORA	
LA RECEPCION DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD			

CC-66-2012

PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE
CONTROVERSIAS INICIADO POR
ELECTROPERU S.A. CONTRA
COMPAÑIA MINERA CASAPALCA S.A.
SE DEDUCEN EXCEPCIONES Y
ABSOLUCIÓN DE RECLAMO

**SEÑORES DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC DEL ORGANISMO
SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN.-**

COMPAÑIA MINERA CASAPALCA S.A (en adelante CASAPALCA), con R.U.C. N° 20100108292, con domicilio en Calle Los Carolinos N° 199 distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima, debidamente representada por su Gerente General, Sr. Carlos Alejandro Gubbins Cox, identificado con D.N.I. N° 10064424, según facultades y cargo inscrito en el asiento 45 de la Ficha N° 39206 del Libro de Sociedades Contractuales y otras Personas Jurídicas del Registro Público de Minería de Lima, continuando su inscripción en la Partida Electrónica N° 11412907 (asiento C-5) del Registro de Personas Jurídicas de Lima; en el procedimiento de solución de controversias iniciado por EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. (en adelante ELECTROPERU), a ustedes nos presentamos y decimos:

Ante todo debe quedar claro que la presentación de nuestra defensa de ninguna manera significa un sometimiento a la competencia del cuerpo colegiado del Osinergmin, siendo que a fin de denunciar tal falta de competencia resulta imprescindible –como resulta obvio– realizar la presente actividad procesal. En modo alguno deberá entonces entenderse que consentimos con la irrogada (pero inexistente) competencia del Osinergmin.

Ahora bien, en legítimo ejercicio del derecho de defensa que nos asiste, debemos indicar que frente al reclamo de pago estamos señalando, en primer lugar, que el cuerpo colegiado del Osinergmin resulta incompetente para conocer de tal reclamo y por tanto, para emitir un pronunciamiento válido sobre tal pedido. Ahora bien, si acaso, y a pesar de la clara normatividad vigente, el cuerpo colegiado considera que resulta competente, entonces, deberá advertir, en segundo lugar y en subordinación al pedido anterior, que el contenido del reclamo de ELECTROPERU se encuentra prescrito; y finalmente, si el cuerpo colegiado encontrase que resulta competente y además, encontrase una manera distinta para verificar los plazos de prescripción, entonces deberá advertir que los retiros de energía y potencia de nuestra empresa se sustentan en el contrato celebrado con Enersur o en su defecto, se sustentan en el aún vigente contrato, celebrado con la hoy reclamante.

Así las cosas, en el presente escrito se encontrará en primer orden las defensas de forma (Excepción de Incompetencia que sustentaría la declaración de nulidad de todo lo actuado e Improcedencia de la solicitud, y luego, excepción de Prescripción, que daría lugar a la declaración de conclusión del procedimiento al



499
Cuatrocientos
noventa y nueve

resultar Improcedente la tramitación de una solicitud cuyo contenido se encuentra prescrito), siendo que en el Primer Otrosi Decimos del presente escrito, se encontrará la absolución al traslado del pedido de pago realizado por ELECTROPERU, siendo que por sus fundamentos se deberá declarar Infundado el mismo.

Con lo dicho, presentamos a continuación nuestra defensa en base a los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

I. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LAS EXCEPCIONES

A. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA: EL CUERPO COLEGIADO AD HOC DEL OSINERGMIN NO TIENE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE O RESOLVER LA CONTROVERSIA PLANTEADA POR ELECTROPERÚ.

1. Competencias del Cuerpo Colegiado Ad Hoc del OSINERGMIN:

- a) Las funciones que otorga la Ley Marco a los Organismos Reguladores de la Inversión Privada, Ley N° 27332 (LMOR), contiene la función de solución de controversias, que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados¹.

Debido a que los Organismos Reguladores son entes especializados en las materia bajo su competencia, en el sector energía, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), se encuentra regulado, además de la LMOR, por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM Reglamento General de OSINERGMIN (Reglamento de OSINERGMIN); y en cuanto a su función de solución de controversias, regulado por Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias (Reglamento de Solución de Controversias)².

- b) Las Competencias del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc del OSINERGMIN se encuentran determinadas tanto en el Artículo 46° del Reglamento de OSINERGMIN y en el Artículo 2° del Reglamento de Solución de Controversias, los cuales se refieren a controversias surgidas entre Generadores (ELECTROPERU) y Usuarios Libres (CASAPALCA), que se encuentren relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión, sujetos a supervisión, regulación

¹ Ley Marco de los Organismos Reguladores, Artículo 3° literal e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía N° 0826-2002/OS-CD.



498
Cuatrocientos
noventa y ocho

y/o fiscalización. **Solamente en esos supuestos es que el Cuerpo Colegiado será competente, siendo de trascendental importancia que el OSINERGMIN tenga especial cuidado al evaluar el reclamo formulado, a fin de verificar que aquel se encuentra referido a las materias de su competencia (como ya vimos, limitadas expresamente por Ley).**

- c) Pues bien, en el presente caso, según lo señalado en la Resolución N° 001-2012-OS/CC-66, las razones que determinan que lo reclamado por ELECTROPERU sea competencia del OSINERGMIN es que el reclamo se **encontraría** referido a aspectos **técnicos, regulatorios y normativos**.
- d) Se aprecia además, del texto del reclamo, que ELECTROPERU solicita que el OSINERGMIN ordene a CASAPALCA el pago de los montos que por retiros sin contrato fueron asignados por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES a ELECTROPERU en las valorizaciones mensuales efectuadas por potencia y energía correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009.

Por ello, en orden de determinar si el Cuerpo Colegiado es competente para conocer la reclamación planteada, no es suficiente que ELECTROPERU haya presentado su solicitud para que el proceso se constituya y desarrolle válidamente, **sino que es imprescindible que se cumplan con determinados requisitos mínimos, como es el de determinar que el reclamo efectivamente se refiere a aspectos técnicos, regulatorios y normativos.**

- e) Conforme veremos a continuación, el reclamo de Electroperu no se encuentra referido ni a aspecto técnico, ni regulatorio, ni normativo. De allí que el cuerpo colegiado del Osinergmin carezca de competencia.

2. **El reclamo no contiene una controversia sobre aspectos técnicos**

2.1 **Antecedentes a tener en cuenta - Valorizaciones de Transferencia de potencia y energía y Retiros sin Contrato:**

- a) Tal como lo establece la Ley de Concesiones Eléctricas – LCE el sector eléctrico se encuentra dividido en tres actividades, Generación, Transmisión y Distribución, las cuales se desarrollan teniendo como premisa, que la electricidad que se produce no puede almacenarse, por lo que la electricidad que se consume es igual a la electricidad que se produce.
- b) La LCE y la Ley 28832 Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, establecen que el despacho de energía debe ser programado por un ente operativo denominado Comité de Operación Económica del Sistema (COES)³, correspondiéndole definir los despachos

³ Artículo 12.1 de la Ley 28832, El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el



497
Cuatrocientos
noventa y siete

diarios, determinando cuales son las centrales de generación que entraran en operación y cuanta potencia y energía deben inyectar al SEIN.

- c) Las empresas generadoras por su parte pueden contar con contratos de suministro de energía ya sea con Distribuidores o Usuarios Libres, para los cuales resulta indistinto si la empresa generadora con la que ha contratado produce la energía que consumen. Además al encontrarse conectados directamente al SEIN, pueden retirar electricidad en forma directa sin importar que generador se encuentre operando.

En tal sentido, cuando una generadora no inyectó la suficiente electricidad al SEIN para cubrir la demanda de sus clientes, pero su cliente si retiró electricidad de acuerdo a lo estipulado en su contrato de suministro; esta empresa debe compensar a las otras empresas generadoras que inyectaron electricidad al SEIN por la diferencia entre su producción de electricidad y el consumo de sus clientes.

Para efectuar dichas compensaciones, el COES a través de Procedimientos Técnicos⁴ establecidos por norma legal, realiza mensualmente las valorizaciones cuya función es determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes del Mercado Eléctrico, con el propósito de establecer las empresas generadoras con déficit en producción que deberían pagar a las empresas generadoras con excedentes.

- d) Conforme a lo expuesto y vinculado con la naturaleza de la reclamación de ELECTROPERU, las valorizaciones de transferencia de potencia y energía determinadas por el COES, representan una determinación (monto de dinero), establecida mediante un Procedimiento Técnico, de naturaleza específica, el cual origina entre el generador y el asignado una relación de carácter comercial.
- e) En cuanto a los retiros sin contrato, en el año 2004 los contratos de suministro de energía con empresas distribuidoras no fueron renovados lo que originó que se produjeran retiros de potencia y energía para atender el mercado regulado, los cuales fueron asignados por el COES a los generadores del SEIN, esto se denominó "retiros sin contrato".

Dichos retiros generaron severas distorsiones en el Mercado Eléctrico, para lo cual se promulgaron distintas Normas Legales que intentaron contrarrestar los efectos negativos de dichos retiros⁵.

mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo.

⁴ Procedimiento Técnico N° 10 Valorización de las Transferencias de Energía Activa entre Generadores integrantes del COES, Procedimiento Técnico N° 15 Valorización de las Transferencias de Energía Reactiva entre Generadores integrantes del COES; Procedimiento Técnico N° 30 Valorización de las Transferencias de Potencia.

⁵ Decreto de Urgencia 007-2004, Ley 28447, Decreto de Urgencia 007-2006, Decreto de Urgencia 036-2006, Ley 29179, Decreto de Urgencia 049-2008, Ley 28832.



496
Cuatrocientos
noventa y seis

- f) Mediante estas normas se dictaron medidas para asegurar el suministro de las demandas de potencia y energía destinadas al Servicio Público de Electricidad, previendo el supuesto de aquellas empresas distribuidoras que no cuenten con contratos de suministro de energía que las respalden, y que requieran efectuar retiros físicos de potencia y energía para atender la demanda de sus usuarios regulados, lo cual tiene como objetivo salvaguardar la cadena de pagos y la estabilidad económica del sistema.

2.2 Sobre las valorizaciones de los retiros sin contrato de los "Usuarios Libres"

- a) Según lo establecido en la LCE, los retiros de potencia y energía que efectúen los Distribuidores y Usuarios Libres deberán ser determinados de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 28832, es decir el COES tiene la obligación legal de determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía.
- b) Debido a esta obligación legal, el COES debe realizar un balance de las inyecciones de energía y potencia de cada una de las empresas generadoras y los retiros efectuados por los clientes para determinar e identificar las empresas con déficit y las empresas con excedentes⁶. De lo explicado, para realizar dicha función, el COES cuenta con Procedimientos Técnicos específicos que permiten determinar las transferencias entre generadores y los retiros sin contrato de los Distribuidores, sin embargo éste no cuenta con un Procedimiento Técnico específico para valorizar los retiros de potencia y energía de los Usuarios libres.
- c) Siendo el COES un ente operativo, que no tiene capacidad normativa ni regulatoria, ha implementado mecanismos que le permiten cerrar las valorizaciones mensuales, determinando y asignando a ciertos Generadores del SEIN los retiros de potencia y energía de los Usuarios libres.
- d) De ese modo, sucedió, cuando se emitió el Laudo arbitral que declaró la validez de la resolución del contrato de suministro de energía y potencia celebrado por nuestra empresa con Enersur (sobre esto asunto y su judicialización

⁶ Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas Artículo 107°: La valorización de las transferencias de energía entre los generadores integrantes por la operación económica del sistema y que no comprende los contratos previamente establecidos, será efectuada y registrada por el COES en forma mensual, de acuerdo al siguiente procedimiento:

- a) Se efectuará la medición y/o los cálculos para determinar las entregas y retiros de energía de cada integrante;
- b) La energía entregada y retirada por cada integrante será valorizada multiplicándola por el Costo Marginal de Corto Plazo correspondiente; y,
- c) Para cada integrante, se sumarán algebraicamente todas las entregas y retiros valorizados ocurridos en el sistema durante el mes. Las entregas se considerarán con signo positivo y los retiros con signo negativo.

El valor resultante, sea positivo o negativo, constituirá el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante.



495
Cuatrocientos
noventa y cinco

volveremos mas adelante), que el COES entendió que los retiros de energía y potencia por nuestra empresa fueron realizados sin contrato.

- e) Consecuentemente, asignó parte de tales retiros a las empresas generadoras, siendo una de ellas, ELECTROPERU. Esta empresa, ELECTROPERU, jamás cuestionó tales asignaciones, siendo que resulta indiscutible que reconoció y reconoce tales valorizaciones, dando por ciertos los datos establecidos en las mismas (determina el monto de acuerdo a lo establecido en las valorizaciones). Consecuentemente, también reconoce la aplicación de los mecanismos para la determinación de las valorizaciones de los retiros de los Usuarios Libres.
- f) LO EXPUESTO REVISTE TRASCENDENTAL IMPORTANCIA POR CUANTO ELECTROPERU SOSTIENE SU PEDIDO DE PAGO EN LAS VALORIZACIONES REALIZADAS POR EL COES, SIENDO POR TANTO, INDISCUTIBLE QUE RECONOCE LA VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO TÉCNICO DE DONDE SE EXPIDIERON LAS ASIGNACIONES Y VALORIZACIONES, ASÍ COMO TAMBIÉN RECONOCE LAS VALORIZACIONES Y ASIGNACIONES REALIZADAS POR EL COES, AL EXTREMO QUE LAS HACE SUYAS, SIENDO POR ELLO, QUE EL PRESENTE RECLAMO NO PLANTEA NINGUNA CONTROVERSIA RELACIONADA A LA APLICACIÓN DE ALGÚN PROCEDIMIENTO TÉCNICO.

3. El reclamo no contiene una controversia sobre aspectos normativos y/o regulatorios

3.1 La función normativa y reguladora del OSINERGMIN:

- a) Tal como se ha explicado, el Cuerpo Colegiado es competente cuando las controversias se refieran a aspectos normativos y/o regulatorios.
- b) El Literal c) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la LMOR establece que la función normativa de los Organismos Reguladores comprende la facultad de dictar reglamentos y normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas. Por su parte, el Artículo 21° del Reglamento de OSINERGMIN señala:

Artículo 21°.- Definición de Función Normativa

Corresponde a OSINERGMIN dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas las ENTIDADES y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos y normas podrán definir los derechos y obligaciones de las ENTIDADES y de éstas con sus usuarios.

De conformidad con la normatividad vigente, esta función comprende también la facultad del OSINERG de dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las ENTIDADES o



494
Cuatrocientos
noventa y cuatro

actividades bajo su competencia, o de sus usuarios, así como la de dictar directivas o procedimientos relacionados con la seguridad y la prevención del riesgo eléctrico.

La función normativa de OSINERGMIN no comprende aquélla que le corresponde de acuerdo a Ley al Ministerio de Energía y Minas, como responsable del SECTOR ENERGIA.

- c) En ejercicio de su función normativa, OSINERGMIN tiene como objetivo dictar reglamentos y normas de carácter general; y la de dictar mandatos y normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia. Para cumplir con dicha función, el OSINERGMIN solo será competente para pronunciarse respecto de aquellos aspectos determinados en el Artículo 23° del Reglamento de OSINERGMIN.

Artículo 23.- Disposiciones que pueden dictarse en ejercicio de la Función Normativa

En ejercicio de la función normativa, OSINERG puede dictar disposiciones de carácter general referidos a los siguientes asuntos:

a. Sistemas tarifarios o regulatorios o, mecanismos para su aplicación.

b. Mecanismos de participación de los interesados en el proceso de aprobación de dispositivos y normas de carácter general, incluyendo las reglas de publicación previa y de realización de audiencias públicas, para tales efectos.

c. Reglas a las que están sujetas los procedimientos que se sigan ante cualesquiera de los ORGANOS DE OSINERG, incluyendo los de reclamos de usuarios, de solución de controversias y, en general, los demás que sean necesarios, según las normas pertinentes.

d. Organización interna de OSINERG, incluyendo la creación y/o supresión de Areas.

e. Cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de prestación de los servicios públicos de suministro de electricidad y del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos, de acuerdo con lo establecido en los contratos de concesión y normas legales aplicables.



493
Cuatrocientos
noventa y tres

f. Seguridad y a la prevención de riesgos eléctricos originados por la presencia de instalaciones eléctricas de uso público y/o de uso particular en las áreas de uso público y locales con acceso permitido al público, para el cumplimiento de lo establecido en el Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables.

g. Otros temas que el Consejo Directivo considere necesarios, dentro del ámbito de su competencia.

d) En el presente caso, ELECTROPERU solicita que se ordene a CASAPALCA el pago de los montos que por retiros sin contrato le fueron asignados por el COES en las valorizaciones mensuales efectuadas por potencia y energía correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009, es decir, lo que se solicita es el pago de una suma de dinero, respaldada en las valorizaciones emitidas por el COES, las cuales como ya se ha explicado generarían una relación de naturaleza extracontractual y de carácter comercial.

e) Por tanto, en atención a lo dispuesto en las normas jurídicas trascritas y a la obligación del OSINERGMIN de ejercer su función normativa dentro los asuntos establecidos en el Artículo 23° del Reglamento de OSINERGMIN, queda absolutamente claro que el OSINERGMIN NO es competente para determinar la existencia de obligaciones comerciales ni mucho menos competente para exigir la ejecución de una obligación de naturaleza extracontractual.

f) En cuanto a la función reguladora, el literal b) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la LMOR dispone que dicha función de los Organismos Reguladores comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su competencia. En tal sentido, el Artículo 26° del Reglamento de OSINERGMIN establece lo siguiente:

Artículo 26°.- Definición de Función Reguladora

En virtud de su función reguladora OSINERGMIN tiene la facultad de fijar tarifas del servicio público de electricidad así como del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos.

g) La función reguladora del OSINERGMIN se limita entonces a la facultad de fijar tarifas aplicables al servicio público de electricidad. Consecuentemente ésta facultad no está referida a **fijar** los Procedimientos para determinar las valorizaciones de transferencia y/o retiros sin contrato lo cual es de competencia exclusiva del Ministerio de Energía y Minas; ni mucho menos a **aplicar** los Procedimientos para determinar y valorizar las transferencias y/o retiros de los Usuarios libres, lo cual es competencia del COES de acuerdo a lo establecido en el Artículo 14° literal g) de la Ley 28832.



492
Cuatrocientos
noventa y dos

- h) En tal sentido, es claro que el reclamo de ELECTROPERU no esta referido o guarda relación con la existencia de alguna controversia o reclamo referente a la fijación de tarifas.

4. **Consecuentemente, el objeto del reclamo se encuentra fuera de los alcances de las competencias del OSINERGMIN:**

- a) El alcance de las decisiones de los Organismos Reguladores se circunscriben dentro de sus ámbitos de competencia, ejerciendo sus funciones encomendadas mediante norma legal: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios⁷
- b) En el caso específico, según el Reglamento del OSINERGMIN, la función de solución de controversias le permite conocer de:

Artículo 46°.- Controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES

OSINERG es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES:

c) Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y USUARIOS LIBRES, entre Distribuidores entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

- c) Por lo expuesto con anterioridad, el Cuerpo Colegiado esta conociendo la presente controversia, sin que exista una norma que así lo determine. Si bien es cierto que el OSINERGMIN tiene competencia para conocer controversias referidas a aspectos técnicos, normativos y regulatorios, resulta evidente que estas **no incluyen controversias de carácter estrictamente jurídico, como la determinación de supuestas obligaciones de naturaleza extracontractual como ocurriría en el presente caso.**
- d) No obstante lo anterior, el reclamante ELECTROPERU pretende confundir al Cuerpo Colegiado señalando en el numeral 4.3 del reclamo, que la función de solución de controversias le permite conocer de ***"Afectaciones al funcionamiento del Mercado Eléctrico, derivada de los retiros de***

⁷ Artículo 3° LMOR



491
Cuatrocientos
noventauno

CASAPALCA sin la debida autorización de ELECTROPERU, por lo que corresponde a las instancias de solución de controversias se pronuncien al respecto". Lo que solicita ELECTROPERU no es el establecimiento de medidas para contrarrestar las supuestas afectaciones al Mercado Eléctrico, sino lo que solicita es determinar la exigibilidad de una supuesta obligación de carácter comercial y de naturaleza extracontractual lo cual dista de los alcances de función de solución de controversias.

- e) Por otro lado, el Cuerpo Colegiado debería abstenerse de intervenir en la controversia, debido a que la función de solución de controversias implica tener competencia para conocer de las discrepancias entre agentes del mercado eléctrico que tienen origen en la regulación, pero es incompetente para conocer discrepancias cuando estas se originen en contratos privados; esto referido a lo indicado en el numeral 4.4, 4.5, 4.6 y 4.7 del reclamo de ELECTROPERU en cuanto al Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre entre ELECTROPERU y CASAPALCA suscrito el 8 de mayo de 2006.

5. Sin perjuicio de lo expuesto denunciamos que con el reclamo se pretende constituir al OSINERGMIN como ente competente para determinar la existencia de obligaciones extracontractuales y un medio para exigir la ejecución de las presuntas obligaciones:

- a) Tal como se ha podido determinar, el objeto del reclamo de ELECTROPERU es pretender que el OSINERGMIN ordene a CASAPALCA el pago de los montos que por retiros sin contrato fueron asignados por el COES a ELECTROPERU en las valorizaciones mensuales efectuadas por potencia y energía; en otras palabras se solicita el cumplimiento de una supuesta obligación de carácter comercial (el pago de una suma de dinero). Al respecto, cabe mencionar que ELECTROPERU no ha cuestionado los mecanismos o criterios para la determinación de dichas valorizaciones, ni tampoco ha cuestionado los valores establecidos en los mismos.
- b) Efectivamente, la Pretensión Principal del reclamo de ELECTROPERU es: "Que el Cuerpo Colegiado **ordene al reclamado** COMPAÑIA MINERA CASAPALCA S.A. **el pago de S/. 4'571,296.50 sin IGV (S/. 5'439,842.84 incluyendo IGV)** a ELECTROPERU S.A. por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES ha asignado a ELECTROPERU S.A. en las valorizaciones mensuales efectuadas por potencia y energía correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009" (resaltado añadido).
- c) Resulta evidente entonces que el reclamante ELECTROPERU fundamenta su pretensión en la existencia de las valorizaciones mensuales de transferencia de potencia y energía activa correspondiente a los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009, las cuales han sido efectuadas por el



490
Cuatrocientos
noventa

COES. Así pues, según lo señalado en los numerales 3.4 y 3.5 del reclamo de ELECTROPERU, el monto solicitado ha sido determinado en función de los informes del COES correspondientes a las valorizaciones de transferencia de potencia y energía en los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009.

- d) En tal sentido, cuando el reclamante ELECTROPERU solicita se ordene el pago de un monto basado en las valorizaciones de Potencia y Energía realizadas por el COES, **esta solicitando al OSINERGMIN determinar la existencia de una obligación** y en su caso exigir la ejecución de una obligación, (pese a que ELECTROPERU asegura que los retiros fueron sin contrato) estableciendo que los Informes de Valorizaciones constituyen un título de crédito, atribuyéndole la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de una obligación.
- e) Cabe resaltar que las Valorizaciones del COES no constituyen de ninguna manera títulos de crédito, menos aún para usuarios libres que no han pertenecido a dicha agrupación. En este mismo sentido, sólo de la Ley o del Contrato se puede derivar títulos de crédito que contengan obligaciones, las cuales solo pueden ser reconocidas y declaradas por una Autoridad Judicial.

6. **Adicionalmente, en el admisorio el OSINERGMIN no ha justificado (motivado) las razones de su irrogada competencia:**

- a) En cuanto al aspecto formal, la Resolución N° 001-2012-OS/CC-66, no cuenta con la debida fundamentación que determine la competencia del Cuerpo Colegiado. La Constitución reconoce en su artículo 139° numeral 5, el Derecho a la Debida Motivación de las Sentencias Judiciales que tiene correlato con la fundamentación de las decisiones judiciales por medios lógico-jurídicos. Este dispositivo también es aplicable a resoluciones emitidas por autoridades administrativas, por lo que el alcance de dicha norma también es aplicable para la Resolución del Cuerpo Colegiado.

La Resolución N° 001-2012-OS/CC-66 es meramente enunciativa, no fundamenta las razones por las cuales considera que lo reclamado por ELECTROPERU se refiera a aspectos técnicos, normativos o regulatorios. No lo aplica al supuesto de hecho que aconteció en el presente caso.

Tenemos entonces una resolución con Motivación Insuficiente, específicamente el de una Motivación Aparente pues a primera vista se podría decir que el Cuerpo Colegiado ha aplicado la norma pertinente al caso; sin embargo, verificando la Resolución, las normas sólo son citadas, lo que evidentemente no es suficiente para la emisión de la resolución.

De esta manera, la Motivación Insuficiente vulnera el deber que tiene el Cuerpo Colegiado de fundamentar debidamente las resoluciones bajo sanción de NULIDAD, según lo establecido en el Artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General LPAG, motivación que es más es



489
Cuatrocientos
ochentinueve

necesaria cuando un órgano administrativo asume competencia en un caso específico.

B. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA:

Antes de comenzar a exponer las razones que sustentan la prescripción extintiva debemos recordar al cuerpo colegiado que ésta deberá ser evaluada si acaso la excepción de incompetencia que antecede fuera desestimada.

1. Debemos indicar que CASAPALCA no reconoce las valorizaciones del COES correspondientes a los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009. **ESTE NO RECONOCIMIENTO DE NINGUNA MANERA SE SUSTENTA EN CUESTIONES TÉCNICAS, NORMATIVAS Y/O REGULATORIAS, SINO MAS BIEN EN QUE LOS RETIROS DE ENERGÍA Y POTENCIA DE CASAPALCA FUERON REALIZADOS EN VIRTUD DE VIGENTES CONTRATOS CON ENERSUR Y ELECTROPERU.**

Con ello en claro, sostenemos que dichos retiros fueron realizados en virtud al "Contrato de Suministro de Energía y Potencia Eléctrica" de fecha 16 de septiembre de 2003 celebrado entre CASAPALCA y la empresa ENERSUR S.A. (Contrato ENERSUR), el cual estuvo vigente hasta febrero del 2009. Dicho contrato ha sido objeto de un Proceso Arbitral mediante el cual se discutió la validez de la resolución de pleno derecho del Contrato ENERSUR. La resolución final del Tribunal Arbitral, por mayoría, declaró que la resolución del Contrato de Suministro de Energía y Potencia se produjo el día 20 de mayo de 2006.

CASAPALCA, ante la arbitrariedad incurrida en el Laudo arbitral, procedió a interponer recurso de anulación y luego a iniciar un proceso de amparo ante el Poder Judicial a fin de que se sancione la nulidad del Laudo por resultar lesivo a diversos derechos fundamentales. A la fecha, la demanda de amparo se encuentra en el Tribunal Constitucional.

2. Sin perjuicio de ello, y aun cuando se declarase la ineficacia del Contrato ENERSUR; CASAPALCA mantenía desde el 1 de mayo de 2006 el "Contrato de Suministro de Electricidad a precio libre entre ELECTROPERU S.A. y Compañía Minera CASAPALCA S.A." (Contrato ELECTROPERU) el cual fue suscrito entre las partes con el objeto de brindar de manera exclusiva un suministro de electricidad en lo que exceda a la contratada a ENERSUR S.A., conforme a lo expresamente pactado en la cláusula 1.4 de dicho contrato.

Por tanto, si acaso el Contrato ENERSUR dejase de surtir efectos, deberá entenderse que los retiros de potencia y energía efectuados entre mayo del 2006 y febrero de 2009 se encuentran comprendidos dentro de los alcances del contrato de suministro suscrito con ELECTROPERU.



488
Cuatrocientos
ochentiocho

3. Sin perjuicio de lo antes señalado y de seguir sosteniendo la validez de los Contratos con ENERSUR y ELECTROPERU para los efectos de los retiros de potencia y energía entre mayo de 2006 y febrero de 2009; el reclamante ELECTROPERU sostiene en los numerales 4.5 y 4.6 de su reclamo que: *"(...) el Contrato ELECTROPERU - CASAPALCA no tiene disposición expresa ni condición tácita alguna que establezca o permita interpretar la posibilidad de que ELECTROPERU S.A. asuma la responsabilidad del suministro de electricidad de hasta 4.5 MW contratado por CASAPALCA con ENERSUR, en la eventualidad de que el respectivo contrato suscrito entre dichas dos empresas quedara resuelto"*.
4. Atendiendo a lo señalado por ELECTROPERU, éste sostiene que los retiros efectuados por CASAPALCA entre mayo de 2006 y febrero de 2009 se realizaron en calidad de **"retiros sin contrato"**. Indica también que no asume responsabilidad ni reconoce que los mismos se hayan realizado en virtud del Contrato con ELECTROPERU.
5. Además, ELECTROPERU fundamenta su pretensión en que el COES ha realizado las valorizaciones mensuales de transferencia de potencia y energía activa correspondiente a los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009, calificando los retiros de CASAPALCA como **"retiros sin contrato"**. Así pues, según lo señalado en el numeral 3.1 y 3.2 del reclamo, ELECTROPERU señala que el COES asignó a los generadores del SEIN los retiros de potencia y energía **sin respaldo contractual** realizados por CASAPALCA debido a la resolución del Contrato ENERSUR. Queda claro de la lectura del reclamo que **ELECTROPERU no ha cuestionado la calificación de "retiros sin contrato"**.
6. Se desprende de lo indicado por ELECTROPERU, que los supuestos retiros sin contrato de CASAPALCA realizados entre mayo de 2006 y febrero de 2009, han generado entre CASAPALCA Y ELECTROPERU una relación extracontractual, debido a la asignación de dichos retiros a ELECTROPERU mediante las valorizaciones de transferencia efectuadas por el COES; lo cual, según lo indicado también por ELECTROPERU, ha generado un perjuicio atribuible a CASAPALCA.

ELECTROPERU indica en el numeral 3.4 del reclamo: *"Dicho requerimiento (requerimiento de pago de las valorizaciones) fue realizado por ELECTROPERU debido a que, al verse afectado con las asignaciones del COES, está en su derecho a exigirle a CASAPALCA el pago del valor de los retiros sin contrato de potencia y energía que le fueron atribuidos"* (Precisión añadida).

Así, ELECTROPERU atribuye responsabilidad a CASAPALCA por los supuestos retiros sin contrato y las asignaciones de los mismos por parte del COES, señalando además que tiene el derecho de exigir el resarcimiento por dicha asignación (indemnización).



487
Cuatrocientos
ochentisiete

7. En ese orden de ideas, si ELECTROPERU considera que CASAPALCA tiene responsabilidad por los retiros sin contrato efectuados entre mayo de 2006 a febrero de 2009, lo solicitado (pago de una suma de dinero) es el resarcimiento (indemnización) por los perjuicios generados por la asignación de dichos retiros efectuados por CASAPALCA.
8. Por tanto, estamos frente al supuesto de Indemnización por Responsabilidad Extracontractual establecido en el Artículo 1969° del Código Civil⁸, que señala que el perjuicio causado a otro debe ser indemnizado.

Siguiendo a JOSÉ LEÓN BARANDIARAN, en cuanto al criterio que tuvo el legislador para normar sobre Responsabilidad Extracontractual en el Código Civil, sostuvo que se adoptó el criterio de la Responsabilidad Subjetiva (Artículo 1969 del Código Civil) debiendo responderse por el daño, cuando juzgada la conducta respectiva, se encuentra que existe una razón suficiente para la responsabilidad.

En tal sentido, y tal como lo señala FERNANDO DE TRAZEGNIES comentando acerca de la función reparativa de la responsabilidad extracontractual *"Hemos indicado anteriormente que la responsabilidad extracontractual, que es una institución eminentemente civil, a diferencia de lo que sucede con la perspectiva del Derecho Público, no persigue la sanción del daño sino la reparación de las víctimas"*⁹, por lo que corresponde en los supuestos de imputación de responsabilidad extracontractual, la indemnización del perjuicio causado.

9. La pretensión indemnizatoria de ELECTROPERU se configura, al pretender el resarcimiento del perjuicio mediante el pago de una suma de dinero.

Tal como lo establece el Artículo 2001° del Código Civil, la acción por Indemnización derivada de la responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años. En tal sentido, de acuerdo al Artículo 1993° del Código Civil, la prescripción comienza a correr desde el día en que pueda ejercitarse la acción.

En el caso específico, si los retiros efectuados por CASAPALCA son los que originan los supuestos daños ocasionados a ELECTROPERU, el plazo prescriptorio debe iniciarse desde la fecha de emisión de cada uno de retiros efectuados.

En tal sentido, ELECTROPERU pudo ejercitar su pretensión de pago desde cada uno de los retiros efectuados hasta dos años después de ello.

10. En tal sentido, si los retiros sin contrato a los que se refiere ELECTROPERU, han sido realizados entre mayo de 2006 y febrero de

⁸ Artículo 1969 del Código Civil: Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

⁹ De Trazegnies, Fernando: La Responsabilidad Extracontractual, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo editorial, Pag. 15.



486

Cuatrocientos
ochenta y seis

2009, la pretensión de ELECTROPERU ya habría prescrito de acuerdo a lo indicado en el Artículo 2001° del Código Civil.

2. MEDIOS PROBATORIOS:

En calidad de medios probatorios, ofrecemos lo siguientes documentos:

1. Copia del Laudo Arbitral de fecha 8 de enero de 2010, mediante el cual se resuelve el caso arbitral seguido por Enersur S.A. contra CASAPALCA sobre resolución de contrato y otras pretensiones.
2. Copia de la carta CMC-004-10-GG de fecha 19 de enero de 2010
3. Copia del Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre entre Electroperú S.A. y Compañía Minera Casapalca S.A.
4. Copia del Recurso de Anulación de Laudo y demanda de amparo.

POR TANTO

Solicitamos al Cuerpo Colegiado se sirva tener por deducidas las excepciones de incompetencia y de prescripción, y oportunamente las declare FUNDADAS.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

Dentro del plazo establecido en la Resolución N° 001-2012-OS/CC-66, y en el negado supuesto que se declare improcedentes las excepciones de incompetencia y prescripción deducidas por CASAPALCA, absolvemos el traslado conferido del reclamo interpuesto por ELECTROPERU, solicitando se declare INFUNDADO en todos sus extremos por los argumentos que se exponen a continuación:

1. **Delimitación del objeto del presente reclamo:**

- a) No obstante sostener la incompetencia del Cuerpo Colegiado para determinar la existencia de obligaciones comerciales y de exigir su cumplimiento, se pretende extender a un ámbito normativo de competencia del OSINERGMIN, el hecho que ELECTROPERU solicite el pago de una suma de dinero por concepto de retiros de potencia y energía de un Usuario Libre.
- b) Tal como se ha podido determinar, el objeto del reclamo de ELECTROPERU es pretender que el OSINERGMIN ordene a CASAPALCA el pago de los montos que por retiros sin contrato fueron asignados por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES a ELECTROPERU en las valorizaciones mensuales efectuadas por potencia y energía correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero



485
Cuatrocientos ochenta y cinco

de 2009, es decir, lo que se solicita es el pago de una suma de dinero respaldada en las valorizaciones emitidas por el COES, las cuales como ya se ha explicado generan una relación de carácter comercial.

- c) Al respecto, las valorizaciones de transferencia de potencia y energía correspondientes al periodo 2006 a febrero de 2009 no han sido cuestionadas por ELECTROPERU, por lo que se entiende que da por ciertos los valores establecidos en los mismas.
- d) En efecto, la Pretensión Principal del reclamo de ELECTROPERU es: *"Que el Cuerpo Colegiado ordene al reclamado COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. el pago de S/. 4'571,296.50 sin IGV (S/. 5'439,842.84 incluyendo IGV) a ELECTROPERU S.A. por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES ha asignado a ELECTROPERU S.A. en las valorizaciones mensuales efectuadas por potencia y energía correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009"* (resaltado añadido); fundamentando su pretensión en la existencia de las valorizaciones mensuales de transferencia de potencia y energía activa correspondiente a los meses de mayo a febrero de 2009, las cuales han sido efectuadas por el COES. Así pues, según lo señalado en los numerales 3.4 y 3.5 del reclamo de ELECTROPERU, el monto solicitado ha sido determinado en función de los informes del COES correspondientes a las valorizaciones de transferencia de potencia y energía en los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009.
- e) En consecuencia, el Cuerpo Colegiado debe tener en cuenta que al resolver la presente causa, estará resolviendo sobre la existencia de una obligación y determinando –si acaso ello fuera posible dentro de un procedimiento administrativo– que las valorizaciones de transferencia de potencia y energía entre mayo de 2006 y febrero de 2009 constituyen título suficiente para exigir el cumplimiento forzado de una obligación.

2. La pretensión de ELECTROPERU se refiere a un tema de carácter comercial:

- a) El Reclamante ELECTROPERU solicita que se ordene a CASAPALCA el pago de los montos que por retiros sin contrato fueron asignados por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES a ELECTROPERU en las valorizaciones mensuales efectuadas por potencia y energía correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009.
- b) Esto es, mediante un procedimiento administrativo, ELECTROPERU exige al OSINERGMIN que reconozca la existencia de una obligación de pago extracontractual, es decir, el reconocimiento de las valorizaciones de potencia y energía como un título que contiene una obligación de pago determinada, y a consecuencia de ello, exigir la ejecución forzada de dicha



484
Cuatrocientos
ochenta y cuatro

obligación; en aplicación de su función de solución de controversias contenido en el Artículo 46° del Reglamento de OSINERGMIN.

- c) Atendiendo a lo pretendido por ELECTROPERU, el literal c) del Artículo 46° del Reglamento de OSINERGMIN, éste es competente para conocer en vía administrativa las *"Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y USUARIOS LIBRES, entre Distribuidores entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN"*, lo que implica que el reclamo (según lo establecido también en la Resolución N° 001-2012-OS/CC-66) se refiere a aspectos técnicos, normativos y regulatorios.
- d) En tal sentido, debemos señalar lo siguiente:
- d.1) Las valorizaciones de transferencia de potencia y energía son determinadas por el COES, en base a procedimientos técnicos fijados por el Ministerio de Energía y Minas. Los informes de valorizaciones mensuales, representan una determinación de pago, establecido mediante un Procedimiento Técnico, de naturaleza específica el cual origina entre generador y el asignado una relación de carácter comercial.
- d.2) De una revisión de los Procedimientos Técnicos del COES, éste no cuenta con uno específico que le permita valorizar los retiros de potencia y energía de los Usuarios libres.
- d.3) Siendo el COES un ente operativo, que no tiene capacidad normativa ni regulatoria, ha implementado mecanismos que le permiten cerrar las valorizaciones mensuales y así cumplir con su obligación establecida en el Artículo 14° de la Ley 28832, mediante los cuales se ha determinado y asignando a ciertos Generadores del SEIN los retiros de potencia y energía de los Usuarios libres.
- d.4) Queda claro que ELECTROPERU ha reconocido las valorizaciones emitidas por el COES y que da como ciertos los datos establecidos en las mismas (determina el monto de acuerdo a lo establecido en las valorizaciones), la cual otorga a los retiros de CASAPALCA la calidad de retiros sin contrato.
- d.5) Sin embargo, CASAPALCA no reconoce dichas valorizaciones debido a que los retiros efectuados entre los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009 fueron efectuados en virtud al Contrato de Suministro celebrado entre CASAPALCA y la empresa Enersur S.A., (Contrato ENERSUR) el cual estuvo vigente hasta febrero del 2009. Debemos indicar además que dicho contrato ha sido objeto de un Proceso Arbitral mediante el cual se discutió la validez de la resolución de pleno derecho del Contrato de Suministro celebrado entre CASAPALCA y la empresa Enersur S.A.. La resolución final del Tribunal Arbitral, por mayoría, declaró que la resolución del Contrato de Suministro de Energía y Potencia se produjo el día 20 de mayo de 2006.



CASAPALCA, ante la arbitrariedad incurrida en el Laudo arbitral, procedió a interponer recurso de anulación ante el Poder Judicial fin de que se sancione la nulidad del Laudo por resultar lesivo a diversos derechos fundamentales. A la fecha se encuentra en trámite un proceso de amparo iniciado por CASAPALCA, el cual se encuentra en el Tribunal Constitucional.

- d.6) Consecuentemente, dicho Laudo no ha adquirido autoridad de cosa juzgada, siendo por tanto, que la declaración de validez de la resolución del Contrato ENERSUR carece de irreversibilidad innata a la cosa juzgada.
- d.7) Sin perjuicio de ello, aún cuando el Poder Judicial declarase la ineficacia del Contrato ENERSUR; CASAPALCA mantenía desde el 1 de mayo de 2006 el "Contrato de Suministro de Electricidad a precio libre entre ELECTROPERU S.A. y Compañía Minera CASAPALCA S.A." (Contrato ELECTROPERU) el cual fue suscrito entre las partes con el objeto de brindar de manera exclusiva un suministro de electricidad en lo que exceda a la contratada a Enersur S.A., conforme a lo expresamente pactado en la cláusula 1.4 de dicho Contrato.

Por tanto si acaso el Contrato ENERSUR dejase de surtir efectos, deberá entenderse que los retiros de potencia y energía efectuados entre mayo del 2006 y febrero de 2009 se encuentran comprendidos dentro de los alcances del contrato de suministro suscrito con ELECTROPERÚ (al efecto ver el numeral 1.4 del contrato de suministro celebrado con la hoy reclamante y trascrita en el numeral 4.5 de la solicitud de pago).

- d.8) Ahora bien, en cuanto a las valorizaciones, tal como se ha mencionado CASAPALCA no reconoce las valorizaciones emitidas entre los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009 debido a sus retiros fueron clasificados por el COES como "retiros sin contrato", y como ya se ha explicado, CASAPALCA sostiene que sus retiros tuvieron respaldo contractual.
- d.9) En tal sentido, CASAPALCA considera que dichos retiros de potencia y energía deben ser valorizados al precio en el Contrato ENERSUR, y en caso éste dejase de surtir efectos, al precio establecido en el Contrato ELECTROPERU.
- d.10) En tal sentido, mediante Carta CMC-004-10-GG de fecha 19 de enero de 2010 se solicitó a ELECTROPERU, sin perjuicio de los cuestionamientos ya mencionados, se emita una liquidación por el consumo de energía correspondiente al periodo entre el 20 de mayo de 2006 y 28 de febrero de 2009 sustentado en el Contrato ELECTROPERU.
- d.11) Tal como se puede apreciar, CASAPALCA siempre ha tenido la voluntad de reconocer los retiros que por potencia y energía se realizaron en el periodo mayo 2006 a febrero de 2009, pero no reconoce que dichos retiros se hayan producido en calidad de retiros sin contrato debido a la existencia de los



482
Cuatrocientos
ochentidos

Contratos de Suministro suscritos con Enersur S.A. y el reclamante ELECTROPERU.

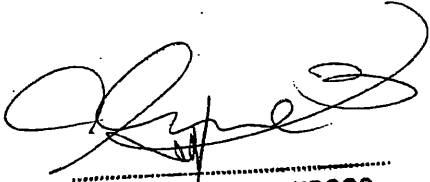
Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado deberá declarar INFUNDADO el reclamo de ELECTROPERU.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS:

Acompañamos como anexos los siguientes documentos:

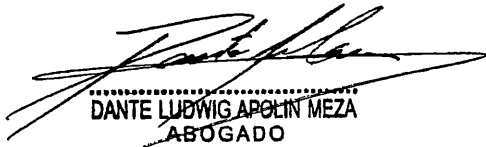
1. Copia del R.U.C. de CASAPALCA (Anexo 1-A)
2. Copia del D.N.I. de nuestro representante legal (Anexo 1-B)
3. Copia del Poder de nuestro representante legal (Anexo 1-C)
4. Copia del Laudo Arbitral de fecha 8 de enero de 2010 (Anexo 1-D)
5. Copia de la carta CMC-004-10-GG de fecha 19 de enero de 2010 (Anexo 1-E)
6. Copia del Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre entre Electroperú S.A. y Compañía Minera Casapalca S.A. (Anexo 1-F)
7. Copia del recurso de anulación de Laudo y de la demanda de amparo (Anexo 1-G).

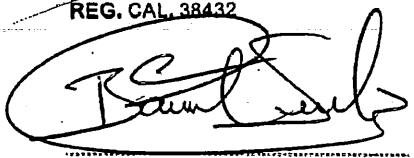
Lima, 9 de febrero del 2012.


CESAR RIVERA BURGOS
ABOGADO
REG. CAL. 25283

COMPANIA MINERA CASAPALCA S.A.


CARLOS GUBBINS COX
GERENTE GENERAL


DANTE LUDWIG APOLIN MEZA
ABOGADO
REG. CAL. 38432


JORGE E. BALDOCEÑA SANCHEZ
ABOGADO
REG. CAL. 39949

ANEXO 4:
Escrito de CASAPALCA de
solicitud de suspensión del
procedimiento.



670
Seiscientos
Setenta

PREN	OSINERGMIN	DAI
SPON	REGIONAL LIMA	CAST
DE	RECIBIDO	JAN
FECH	16 MAR. 2012	OTROS <input checked="" type="checkbox"/>
OP		OP
201200039335 2747		
REGISTRO		
SE RECIBIÓ EL DOCUMENTO PARA COMPROBACIÓN		

CC-66-2012

PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS INICIADO POR ELECTROPERU S.A. CONTRA COMPAÑIA MINERA CASAPALCA S.A.

SE SOLICITA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

SEÑORES DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN.-

COMPAÑIA MINERA CASAPALCA S.A., en el procedimiento de solución de controversias iniciado por EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERU, a ustedes atentamente decimos:

Que, solicitamos la **suspensión del presente procedimiento administrativo** por existir prejudicialidad con el proceso de amparo seguido contra el Osinergmin, en el cual se encuentra controvertida la competencia del Osinergmin para para conocer de la reclamación formulada por Electroperú S.A.

De esta manera, sustentamos nuestro pedido de suspensión en lo siguiente:

I. SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 64° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, cuando la administración adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa sobre aquello que se esta discutiendo en sede administrativa, deberá inhibirse de continuar el procedimiento administrativo.



669
Seiscientos
noventa y nueve

2. Esta inhibición implica la suspensión del procedimiento administrativo por lo que resultan aplicables, de manera supletoria, las normas del Código Procesal Civil en materia de suspensión del proceso.
3. En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 318° del Código Procesal Civil, la suspensión, consiste en la inutilización de un período de tiempo del procedimiento.

Artículo 318.- Suspensión del proceso o del acto procesal.-

La suspensión es la inutilización de un período de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal.

4. De esta manera, la suspensión del procedimiento podrá responder a diversos motivos, ya se que se encuentren o no regulados en una norma determinada. Es en virtud de ello, que los efectos de la suspensión podrán variar dependiendo del motivo de la misma.
5. Es importante precisar, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 320° del Código Procesal Civil, la suspensión podrá declararse de oficio o a pedido de parte, ya sea en los casos previstos en una norma, así como cuando a criterio del Juzgador resulte necesario.

Artículo 320.- Suspensión legal y judicial.-

Se puede declarar la suspensión del proceso, de oficio o a pedido de parte, en los casos previstos legalmente, y cuando a criterio del Juez sea necesario.

6. Uno de los motivos de suspensión del procedimiento se presenta cuando los fundamentos o cuestiones previas de la reclamación constituyen precisamente el petitorio u objeto de un proceso judicial. En este caso, existiría una imposibilidad de Juzgar esta situación, pues además de avocamiento indebido que pudiera existir, cualquier resolución que se dicte sobre aquello que se discute en el proceso judicial será nula de pleno derecho.



663
Seiscientos
sesenta y tres

7. Esto es precisamente lo que sucede en el caso concreto, debiendo señalar que a este tipo de supuestos la doctrina lo denomina relación prejudicialidad.
8. En casos donde se presente una relación de prejudicialidad, la doctrina prevé que la consecuencia necesaria será la suspensión del proceso. Por ello, se denomina prejudicialidad a la relación que existe entre dos procesos, cuando el resultado de uno será antecedente necesario del otro.

“La prejudicialidad, conceptualmente, implica un juicio previo a la resolución que se pretende, de tal forma que tan sólo le es posible al Juez dictar sentencia una vez se haya resuelto previamente la cuestión jurídica suscitada, y así tal cuestión deviene determinante para dictar sentencia en el asunto principal y exige la necesaria tramitación y conclusión de la misma para poder resolver el principal.”¹ (el resaltado es nuestro)

9. Al respecto, existen dos supuestos de prejudicialidad. Un primer supuesto denominado *no devolutivo*, el cual consiste en la existencia de supuestos en el que el Juzgador debe resolver con carácter previo a dictar sentencia, diversos presupuestos que integran el procedimiento, siendo además de su competencia el resolverlos. Por otro lado, se encuentran las cuestiones prejudiciales *devolutivas*, que consisten en aquellos supuestos donde la prejudicialidad se presenta cuando existen **dos procesos o procedimientos**, quedando uno de ellos subordinado a la resolución del otro, siendo éste precisamente el caso en el que se encuentra el presente procedimiento administrativo frente al proceso judicial seguido ante el Juzgado Constitucional de Lima.
10. Respecto a las cuestiones prejudiciales devolutivas como en el presente caso, la doctrina señala:

¹ CHECA MARTINEZ. Joaquín. La prejudicialidad. En: Derecho Procesal Civil. Dirigido por Díez Picaso, Madrid: Bosch, 1991, p. 418; también se puede revisar al respecto a BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Vol. IV. México: Cárdenas, 1970, pp. 161-173.



669
Seiscientos
Pieniente

*"En este caso el órgano competente para decidir la cuestión principal debe deferir la resolución de la cuestión prejudicial al órgano que es competente para conocer de la misma, lo que conlleva la suspensión del proceso principal hasta que definitivamente se enjuicie la cuestión prejudicial."*²

II. EL PRESENTE PROCEDIMIENTO NO PUEDE CONTINUAR POR EXISTIR PREJUDICIALIDAD

1. El caso concreto, nuestra empresa ha formulado con fecha 9 de febrero de 2012 la excepción de incompetencia, como una excepción de previo y especial pronunciamiento, es decir, como una cuestión previa que debe ser resuelta de manera previa y en una resolución distinta a la que resolución final que resuelva el fondo de la controversia, ello, debido a que la competencia constituye el desarrollo legal del derecho fundamental a un Juzgador Predeterminado por la Ley, y la continuación del presente procedimiento constituye en sí misma una violación a nuestro derecho constitucional.
2. Pese a ello, hasta la fecha no existe pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia, sino que al contrario, se ha continuado con el procedimiento convocándose a dos audiencias en las que se han fijado los puntos controvertidos y se han actuado los medios de prueba, encontrándose pendiente la resolución final sobre el fondo de la controversia. Inclusive, ello ha sucedido a pesar de que nuestra parte solicitó por escrito del 06 de marzo del 2012 y de conformidad con lo dispuesto en la parte final del artículo 37 del Reglamento de Osinerg para solución de controversias, que se emitiera previo pronunciamiento
3. En este contexto, fue que el 8 de marzo de 2012 el Juzgado Constitucional de Lima, admitió a trámite la demanda de amparo interpuesta por nuestra empresa contra el Osinergmin por vulneración a nuestro derecho fundamental al Juez Natural, en razón a que el Osinergmin carece de competencia para conocer y resolver la reclamación presentada por Electroperú S.A.

² Ibid. p. 421.



668
Seiscientos
sesenta y ocho

4. En consecuencia, al ser objeto del proceso de amparo la **determinación de la competencia del Osinergmin** para conocer de la reclamación de Electroperú S.A., y al ser esta situación una cuestión previa en el presente procedimiento administrativo, no es posible que el Cuerpo Colegiado del Osinergmin emita un pronunciamiento en el presente procedimiento mientras no finalice de manera definitiva el proceso de amparo por afectación a nuestro derecho a un Juez Natural o Predeterminado por Ley.
5. Por ello, el Cuerpo Colegiado deberá disponer la suspensión del presente procedimiento hasta que el Juez Constitucional de Lima decida en sentencia firme sobre la competencia del Osinergmin para conocer del reclamo de Electroperú S.A.

POR TANTO:

Solicitamos al Cuerpo Colegiado declare la suspensión del presente procedimiento administrativo.

OTROSI DECIMOS: Adjuntamos como anexos copia del auto admisorio de nuestra demanda de amparo, así como de la demanda propiamente dicha.

Lima, 15 de marzo de 2012



CESAR RIVERA BURGOS
ABOGADO
REG. CAL. 25283

ANEXO 5:
Resolución del Cuerpo
Colegiado Ad-Hoc N° 005-
2012-OS/CC-66, que
resuelve sobre la solicitud
de suspensión y la excepción
de incompetencia.

689
Seiscientos ochentinueve

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 005-2012-OS/CC-66**

Lima, 13 de abril de 2012.

VISTOS:

1. El escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201100163723, presentado el día 09 de diciembre de 2011 ante el OSINERGMIN, por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A., en adelante ELECTROPERÚ, mediante el cual reclama contra COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., en adelante CASAPALCA.
2. El escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200020243, presentado por CASAPALCA el 09 de febrero de 2012, mediante el cual contesta la reclamación de ELECTROPERÚ y deduce las excepciones de incompetencia y de prescripción extintiva.
3. El escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200033376, presentado el 06 de marzo de 2012 por CASAPALCA, mediante el cual solicita pronunciamiento previo de la excepción de incompetencia que planteó.
4. El escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200037168, presentado el 13 de marzo de 2012, mediante el cual ELECTROPERÚ presentó sus alegatos finales.
5. El escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200039335, presentado el 16 de marzo de 2012, con el cual CASAPALCA solicitó la suspensión del procedimiento por existir supuesta prejudicialidad con el proceso de amparo que inició contra el OSINERGMIN.

CONSIDERANDO:

1. En su escrito de contestación de la reclamación CASAPALCA plantea la excepción de incompetencia¹, sobre la base de lo cual solicita el pronunciamiento previo de la excepción de incompetencia y luego la suspensión de este procedimiento, sustentado su posición principalmente en los siguientes argumentos:

1.1. Sobre la excepción de incompetencia

- CASAPALCA señala que el OSINERGMIN², se encuentra regulado por la Ley Marco de los Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en adelante Ley Marco; por el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en adelante Reglamento General; y por el Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS-CD, en adelante ROSC.

¹Adicionalmente plantea la excepción de prescripción extintiva, la que será analizada y resuelta en la resolución final.

²De conformidad con el artículo 18° de la Ley N° 28964, publicada el 24 febrero 2007, se establece que toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

688
Seiscientos
ochentocho

- CASAPALCA precisa que en virtud de lo que establecen los artículos 46° del Reglamento General y 2° del ROSC, los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN son competentes para conocer las controversias surgidas entre generadores (ELECTROPERÚ) y usuarios libres (CASAPALCA) que se encuentren relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión, sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN.
- Agrega que para establecer la competencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc deben cumplirse requisitos mínimos, como es el determinar que lo reclamado se refiera a aspectos técnicos, regulatorios y normativos y que la reclamación presentada no está referida a estos aspectos.

Sobre aspectos técnicos

- CASAPALCA señala que de acuerdo con lo prescrito por la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, en adelante LCE, el sector eléctrico se encuentra dividido en tres actividades, generación, transmisión y distribución. Estas actividades se desarrollan teniendo como premisa que la electricidad que se produce no se almacena, por lo que la electricidad que se consume es igual a la electricidad que se produce.
- Añade que, en virtud de lo que establece la LCE y la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832, en adelante Ley N° 28832, el despacho de energía debe ser programado por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional, en adelante COES, al que le corresponde definir los despachos diarios y determinar cuáles son las centrales de generación que entrarán en operación y cuánta potencia y energía deben inyectar al Sistema Interconectado Nacional, en adelante SEIN.
- CASAPALCA indica que las generadoras pueden contar con contratos de suministro de energía con distribuidores o con usuarios libres, para los que resulta indistinto si la generadora con la que ha contratado produce la energía que consumen, por cuanto al estar conectados al SEIN, éstos pueden retirar electricidad en forma directa sin importar que generador se encuentre operando. De este modo, cuando una generadora no inyectó suficiente electricidad al SEIN para cubrir la demanda de sus clientes, éstos aún pueden realizar retiros de electricidad en virtud de sus contratos de suministro, debiendo la generadora compensar a las otras generadoras que sí inyectaron y le permitieron cumplir con sus clientes.
- CASAPALCA precisa que para efectuar este tipo de compensaciones, el COES, a través de Procedimientos Técnicos³, realiza mensualmente valorizaciones de las transferencias de potencia y energía que se dan entre los agentes del Mercado Eléctrico, las cuales representan un monto de dinero y originan, entre el generador y el asignado, una relación de carácter comercial.
- Respecto de los retiros sin contrato, añade que en el año 2004 los contratos de suministro de energía con empresas distribuidoras no fueron renovados y, al producirse retiros de potencia y energía para atender la demanda del mercado regulado, éstos fueron asignados por el COES a los generadores del SEIN. Estos "retiros sin contrato" causaron severas distorsiones en el Mercado Eléctrico, por lo que se promulgaron normas legales⁴ para contrarrestarlas. Las medidas iban dirigidas a asegurar el

³ Procedimiento Técnico N° 10 Valorización de las Transferencias de Energía Activa entre Generadores integrantes del COES, Procedimiento Técnico N° 15 Valorización de las Transferencias de Energía Reactiva entre Generadores integrantes del COES y procedimiento Técnico N° 30 Valorización de las transferencias de potencia.

⁴ Decretos de Urgencia Nos. 007-2004, 007-2006, 036-2006 y 049-2008 y Leyes Nos. 28447, 29179 y 28832.

suministro de las demandas de potencia y energía destinadas al servicio público de electricidad cuando existan empresas distribuidoras que no cuenten con contratos de suministro que las respalden, buscando salvaguardar la cadena de pagos y la estabilidad económica del sistema.

- Sobre las valorizaciones de los retiros de energía y potencia de los distribuidores y usuarios libres, CASAPALCA manifiesta que según la LCE, el COES tiene la obligación de realizarlas según el artículo 14° de la Ley N° 28832; por lo cual debe realizar un balance de las inyecciones de energía y potencia de cada generadora y de los retiros efectuados, de este modo determina a las empresas con déficit y a las empresas con excedentes⁵.
- Sin embargo, CASAPALCA indica que si bien el COES cuenta con un Procedimiento Técnico específico para valorizar las transferencias entre generadores y los retiros de los distribuidores; no cuenta con uno para el retiro efectuado por los usuarios libres; de este modo, señala que al ser el COES un ente operativo sin capacidad normativa ni regulatoria, implementó mecanismos para realizar las valorizaciones de los retiros hechos por los usuarios libres.
- Advierte que cuando se emitió el Laudo Arbitral que declaró la validez de la resolución del contrato de suministro que celebró con ENERSUR, el COES entendió que los retiros de energía y potencia realizados por CASAPALCA fueron realizados sin contrato, por lo cual los asignó a las generadoras, entre ellas a ELECTROPERÚ, quién jamás cuestionó tales asignaciones.
- Por lo expuesto, CASAPALCA afirma que la reclamación no está referida a controversia alguna sobre aspectos técnicos, pues al sostener ELECTROPERÚ su pedido de pago en las valorizaciones realizadas por el COES, indiscutiblemente reconoce la validez del procedimiento técnico en el cual se expidieron tales asignaciones y valorizaciones, así como también las mismas valorizaciones y asignaciones realizadas por el COES, haciéndolas suyas.

Sobre aspectos normativos

- CASAPALCA señala que la presente controversia tampoco se refiere a aspectos normativos, pues al solicitar el pago de una suma de dinero respaldado en valorizaciones emitidas por el COES, las cuales generan una relación de naturaleza extracontractual y de carácter comercial, quedan fuera de la función normativa del OSINERGMIN establecida en el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco y del artículo 21° del Reglamento General⁶, según los cuales esta función comprende la facultad de dictar reglamentos y normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter

⁵Cfr. Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM: "Artículo 107°: La valorización de las transferencias de energía entre los generadores integrantes por la operación económica del sistema y que no comprende los contratos previamente establecidos, será efectuada y registrada por el COES en forma mensual, de acuerdo al siguiente procedimiento:

a) Se efectuará la medición y/o los cálculos para determinar las entregas y retiros de energía de cada integrante;
b) La energía entregada y retirada por cada integrante será valorizada multiplicándola por el Costo Marginal de Corto Plazo correspondiente; y,
c) Para cada integrante, se sumarán algebraicamente todas las entregas y retiros valorizados ocurridos en el sistema durante el mes. Las entregas se considerarán con signo positivo y los retiros con signo negativo.
El valor resultante, sea positivo o negativo, constituirá el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante".

⁶Artículo 21°.- Definición de Función Normativa.

De conformidad con la normatividad vigente, esta función comprende también la facultad del OSINERG de dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las Entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios, así como la de dictar directivas o procedimientos relacionados con la seguridad y la prevención del riesgo eléctrico.

La función normativa de OSINERG no comprende aquella que le corresponde de acuerdo a Ley al Ministerio de Energía y Minas, como responsable del sector energía".

686
Seiscientos
ochentiseis

particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su ámbito de competencia.

- Asimismo, indica que el artículo 23° del Reglamento General⁷ establece las disposiciones que pueden dictarse en ejercicio de esta función normativa del OSINERGMIN.
- En este sentido, precisa que como las mencionadas valorizaciones del COES, en las cuales se basa la reclamación presentada, generan una relación de naturaleza extracontractual y de carácter comercial, el OSINERGMIN no es competente para determinar la existencia de obligaciones comerciales ni para exigir la ejecución de una obligación de naturaleza extracontractual.


Sobre aspectos regulatorios

- CASAPALCA señala que en virtud de lo dispuesto por el literal b) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco y el artículo 26° del Reglamento General⁸ la función regulatoria del OSINERGMIN comprende la facultad de fijar tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia, lo cual no incluye la fijación de procedimientos para determinar las valorizaciones de transferencia y/o retiros sin contrato, en tanto esto es competencia exclusiva del Ministerio de Energía y Minas; ni tampoco la aplicación de estos procedimientos, en tanto es competencia del COES, conforme el literal g) del artículo 14° de la Ley N° 28832.
- Con esto queda claro que el reclamo no está relacionado con controversias referentes a fijación de tarifas.
- Por todo lo expuesto, CASAPALCA asegura que las materias objeto de la reclamación se encuentran fuera del alcance de las competencias del OSINERGMIN.
- CASAPALCA hace referencia a lo dispuesto por el artículo 46° del Reglamento General⁹, y sostiene que si bien OSINERGMIN tiene competencia para conocer controversias



⁷ Artículo 23°: Disposiciones que pueden dictarse en ejercicio de la Función Normativa.

OSINERG puede dictar disposiciones de carácter general referidos a los siguientes asuntos:

- a. Sistemas tarifarios o regulatorios o, mecanismos para su aplicación.
- b. Mecanismos de participación de los interesados en el proceso de aprobación de dispositivos y normas de carácter general, incluyendo las reglas de publicación previa y de realización de audiencias públicas, para tales efectos.
- c. Reglas a las que están sujetas los procedimientos que se sigan ante cualesquiera de los órganos de OSINERG, incluyendo los de reclamos de usuarios, de solución de controversias y, en general, los demás que sean necesarios, según las normas pertinentes.
- d. Organización interna de OSINERG, incluyendo la creación y/o supresión de Áreas.
- e. Cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de prestación de los servicios públicos de suministro de electricidad y del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos, de acuerdo con lo establecido en los contratos de concesión y normas legales aplicables.
- f. Seguridad y a la prevención de riesgos eléctricos originados por la presencia de instalaciones eléctricas de uso público y/o de uso particular en las áreas de uso público y locales con acceso permitido al público, para el cumplimiento de lo establecido en el Código Nacional de Electricidad y demás normas aplicables.
- g. Otros temas que el Consejo Directivo considere necesarios, dentro del ámbito de su competencia".


⁸ Artículo 26°: Definición de Función Regulatoria.

En virtud de su función reguladora OSINERG tiene la facultad de fijar tarifas del servicio público de electricidad así como del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución de gas natural por red de ductos".


⁹ "Artículo 46°: Controversias entre Entidades, entre Entidades y Usuarios Libres, y entre Usuarios Libres, OSINERG es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre Entidades, entre Entidades y Usuarios Libres, y entre Usuarios Libres:

- a) Controversias entre Generadores, entre Generadores y Transmisores, y entre Transmisores del Sistema Interconectado Nacional, distintas a las originadas en el Comité de (COES) y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.
- b) Controversias entre Transmisores y Usuarios Libres, y entre Distribuidores y Usuarios Libres del subsector eléctrico, que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión y/o de los sistemas de distribución eléctrica.

referidas a aspectos técnicos, normativos y regulatorios, no la tiene para conocer controversias de carácter estrictamente jurídico, como la determinación de supuestas obligaciones de naturaleza extracontractual.

- Asimismo, advierte que aunque la reclamante señala que la función de solución de controversias le permite conocer "[a]fectaciones al funcionamiento del Mercado Eléctrico, derivada de los retiros de CASAPALCA sin la debida autorización de ELECTROPERÚ (...)" no solicita medidas para contrarrestar las supuestas afectaciones al mercado eléctrico, sino la exigibilidad de una supuesta obligación de carácter comercial y de naturaleza extracontractual, lo cual dista de los alcances de la función de solución de controversias.
- CASAPALCA señala que el objeto del reclamo es pretender que el OSINERGMIN ordene a CASAPALCA el pago de montos por retiros sin contrato que fueron asignados por el COES a ELECTROPERÚ, es decir, una solicitud del cumplimiento de una obligación comercial (pago de suma de dinero) y, por lo tanto, de determinación de la existencia de una obligación y, en su caso, de la ejecución.
- Añade que las valorizaciones efectuadas por el COES no constituyen títulos de crédito, menos para usuarios libres que no han pertenecido a dicha agrupación; precisa que solo de la ley o de los contratos se pueden derivar títulos de crédito que contengan obligaciones, las cuales a su vez deben ser reconocidas y declaradas por el Poder Judicial.
- De otro lado, CASAPALCA señala que la Resolución N° 001-2012-OS/CC-66 no cuenta con la debida fundamentación que determine la competencia del Cuerpo Colegiado, vulnerando el artículo 139° numeral 5 de la Constitución Política, la cual reconoce el derecho a la debida motivación de las sentencias judiciales, lo cual también se aplica a las resoluciones emitidas por autoridades administrativas.
- Asimismo, indica que la mencionada resolución es meramente enunciativa pues no fundamenta las razones por las cuales considera que lo reclamado por ELECTROPERÚ se refiere a aspectos técnicos, normativos o regulatorios; que su motivación es insuficiente y vulnera el deber que tiene el Cuerpo Colegiado de fundamentar debidamente las resoluciones bajo sanción de Nulidad, según el artículo 10° de la LPAG, lo cual es más necesario al asumir competencia de un caso específico.

1.2. Solicitud de pronunciamiento previo de excepciones

- CASAPALCA solicita pronunciamiento previo de la excepción de incompetencia planteada en su escrito de contestación a la reclamación por cuanto esto constituye el presupuesto de validez para continuar con el presente procedimiento administrativo, es decir, para que cualquier otro pronunciamiento respecto de la reclamación propuesta por ELECTROPERÚ sea válido.

c) Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

d) Controversias entre Transportistas de hidrocarburos y/o Distribuidores de gas natural con los Distribuidores, Comercializadores y Usuarios Libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios, o normativos del servicio o derivados de contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

e) Controversias entre Usuarios Libres y los Productores, Distribuidores o Comercializadores que le proporcionan suministro de gas natural, relacionadas con los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del suministro o derivados de contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

f) Otras controversias que determine el Consejo Directivo, de conformidad con la normatividad del Sector Energía".

684
Seiscientos
ochenta y cuatro

- Añade que la solución previa a la excepción de incompetencia es además un deber constitucional, en la medida que la continuación del procedimiento administrativo sin el mencionado pronunciamiento constituiría una afectación a su derecho a un Juez Natural, derecho que integra el debido proceso.
- CASAPALCA sostiene que aún cuando el ROSC permita de manera facultativa pronunciarse sobre las excepciones en la resolución final, una excepción de incompetencia debe ser siempre resuelta de modo previo al constituir el presupuesto procesal principal con fundamento constitucional.

1.3. Sobre la solicitud de suspensión del procedimiento:

- CASAPALCA solicita se suspenda el presente procedimiento administrativo por existir prejudicialidad con el proceso de amparo seguido contra el OSINERGMIN¹⁰, en el cual se encuentra en discusión la competencia del OSINERGMIN para conocer de la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
- Añade que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante LPAG, cuando la administración adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa sobre aquello que se está discutiendo en sede administrativa debe inhibirse de continuar el procedimiento administrativo, lo cual implica, además, su suspensión.
- Para CASAPALCA, a efectos de proceder con la suspensión, resultan aplicables las normas del Código Procesal Civil, en adelante CPC. En tal sentido, hace referencia a los artículos 318° y 320°, los cuales textualmente dicen:

"Artículo 318°: Suspensión del proceso o del acto procesal.-

La suspensión es la inutilización de un período de tiempo del proceso o de una parte del plazo concedido para la realización de un acto procesal".

"Artículo 320°: Suspensión legal y judicial.-

Se puede declarar la suspensión del proceso, de oficio o a pedido de parte, en los casos previstos legalmente, y cuando a criterio del Juez sea necesario".

- CASAPALCA señala también que la suspensión procede por diversos motivos, que pueden o no estar regulados en una norma determinada y que en virtud de estos motivos pueden variar sus efectos.
- Agrega que uno de los motivos de suspensión del procedimiento se da cuando los fundamentos o cuestiones previas de la reclamación constituyen el petitorio u objeto de un proceso judicial; y que en este supuesto, existiría imposibilidad de juzgar esta situación, por cuanto además del avocamiento indebido que pudiera existir, cualquier resolución que se dicte sobre aquello que se discute en el proceso judicial será nula de pleno derecho.
- Para CASAPALCA, este motivo, que la doctrina denomina relación de prejudicialidad, se da en el presente caso; y precisa que es la relación que existe entre dos procesos, cuando el resultado de uno sea antecedente del otro. Añade que existen dos tipos de prejudicialidad; uno denominado *no devolutivo*, que consiste en la existencia de supuestos que el juzgador debe resolver con carácter previo a dictar sentencia, diversos

¹⁰ Demanda de Amparo presentada por CASAPALCA ante el Poder Judicial el 05 de marzo de 2012.

presupuestos que integran el procedimiento, siendo además de su competencia resolverlos; por otro lado el de las *cuestiones prejudiciales devolutivas*, consistentes en supuestos donde la prejudicialidad se presenta cuando existen dos procesos o procedimientos, quedando uno de ellos subordinado a la resolución del otro.

- CASAPALCA asegura que este último tipo es el que se da en el presente procedimiento administrativo frente al proceso judicial seguido ante el Juzgado Constitucional de Lima.
 - CASAPALCA sostiene que para las cuestiones prejudiciales devolutivas la doctrina señala que el órgano competente para decidir la cuestión principal debe deferir la resolución de la cuestión prejudicial al órgano que es competente para conocerla, lo que conlleva la suspensión del proceso principal hasta que definitivamente se enjuicie la cuestión prejudicial.
 - CASAPALCA destaca que aún no existe pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia, sino que se ha continuado con el procedimiento convocándose a dos audiencias en las que se han fijado puntos controvertidos y se han actuado medios de prueba, encontrándose pendiente la resolución final sobre el fondo de la controversia.
 - Advirtió que por esta razón, el 08 de marzo de 2012 el Juzgado Constitucional de Lima admitió a trámite su demanda de amparo por vulneración a su derecho constitucional al Juez Natural, en razón a que el OSINERGMIN carece de competencia para conocer y resolver la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
 - CASAPALCA argumenta que, al ser el objeto del proceso de amparo la determinación de la competencia del OSINERGMIN para conocer la reclamación de ELECTROPERÚ; y al ser esta situación una cuestión previa en el presente procedimiento administrativo, no es posible que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc emita un pronunciamiento en este procedimiento mientras no finalice de manera definitiva el proceso de amparo.
2. En su escrito de alegatos finales, ELECTROPERÚ absolvió la excepción de incompetencia, sobre la base de los siguientes argumentos:
- ELECTROPERÚ señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para resolver la presente controversia por cuanto CASAPALCA no impugnó la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2012-OS/CC-66, de fecha 19 de enero de 2012, mediante la cual este colegiado asumió competencia y admitió a trámite la reclamación presentada, razón por la cual quedó firme el referido pronunciamiento.
 - Agregó que de acuerdo con lo dispuesto por el literal c) del artículo 46° del Reglamento General y el literal a) del artículo 2°¹¹ del ROSC, los órganos de solución de controversias

¹¹ "Artículo 2°: Competencia de OSINERG. Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

- Controversias entre Generador es, entre Generadores y Transmisores, y entre Transmisores del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, distintas a las originadas en el Comité de Operación Económica del Sistema - COES y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

- Controversias entre Transmisores y Usuarios Libres, y entre Distribuidores y Usuarios Libres del subsector eléctrico, que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión y/o de los sistemas de distribución eléctrica.

- Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

- Controversias entre Transportistas de hidrocarburos o Distribuidores de gas natural por red de ductos con los Distribuidores, Comercializadores y

- Usuarios Libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por

682
Seiscientos ochentidos

del OSINERGMIN son competentes para conocer en la vía administrativa las "(...) controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres (...) relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN".

- ELECTROPERÚ argumenta que en el presente caso se está ante una afectación al funcionamiento del Mercado Eléctrico derivada de los retiros de CASAPALCA sin su debida autorización.
- ELECTROPERÚ precisa que la presente controversia está relacionada a aspectos técnicos, como es la determinación por parte de un organismo técnico -COES- de retiros de electricidad del SEIN sin respaldo contractual; y a aspectos normativos, que no implica solamente la "función normativa". Sustenta esto último en lo prescrito por los artículos 1º¹² y 32º¹³ de la LCE, por el artículo 107º de su Reglamento y por el artículo 14º¹⁴ de la Ley N° 28832.

parte de OSINERG.

- Controversias entre Usuarios Libres y los Productores, Distribuidores o Comercializadores que le proporcionan suministro de gas natural, relacionadas con los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del suministro, o derivados de contratos de concesión, sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

- Controversias relacionadas con las decisiones emitidas al interior del Comité de Operación Económica del Sistema (COES) que afecten a los usuarios regulados; esta competencia sólo se aplica para el caso del Tribunal de Solución de Controversias, por mandato de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832.

- Controversias entre entidades mineras, excluyendo a la pequeña minería y la minería artesanal, que tengan relación con las funciones asignadas al OSINERG.

- Otras controversias que determine el Consejo Directivo de OSINERG".

¹² Artículo 1º: Las disposiciones de la presente Ley norman lo referente a las actividades relacionadas con la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.

El Ministerio de Energía y Minas y el OSINERG en representación del Estado son los encargados de velar por el cumplimiento de la presente ley, quienes podrán delegar en parte las funciones conferidas.

Las actividades de generación, transmisión y distribución podrán ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Las personas jurídicas deberán estar constituidas con arreglo a las leyes peruanas".

¹³ "Artículo 32º: Los concesionarios de generación y de transmisión, cuando integren un Comité de Operación Económica del Sistema, están obligados a operar sus instalaciones de acuerdo a las disposiciones que emita dicho Comité". (*)

(*) Artículo sustituido por el Artículo Único de la Ley N° 29178, publicada el 03 enero de 2008, cuyo texto es el siguiente: "Los integrantes del COES están obligados a cumplir las disposiciones que emita dicho Comité".

¹⁴ "Artículo 14.- Funciones operativas

El COES tiene a su cargo las siguientes funciones:"

a) Desarrollar los programas de operación de corto, mediano y largo plazo, así como disponer y supervisar su ejecución;

b) Programar y coordinar el mantenimiento mayor de las instalaciones de generación y transmisión;

c) Coordinar la operación en tiempo real del SEIN;

d) Coordinar la operación de los enlaces internacionales y administrar las TIE;

e) Calcular los costos marginales de corto plazo del sistema eléctrico;

f) Calcular la potencia y energía firmes de cada una de las unidades generadoras;

g) Determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES;

h) Administrar el Mercado de Corto Plazo;

i) Asignar responsabilidades en caso de trasgresiones a la NTCSE así como calcular las compensaciones que correspondan;

j) Planificar y administrar la provisión de los Servicios Complementarios que se requieran para la operación segura y económica del SEIN; y,

k) Resolver divergencias o controversias derivadas de la aplicación de la Ley, del Reglamento, Normas Técnicas, Procedimientos y demás disposiciones complementarias, dentro del ámbito de su competencia, así como los recursos impugnativos que se interpongan contra sus decisiones. Las decisiones del COES, que afecten a los Usuarios Regulados, pueden ser impugnadas ante el Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG quien resuelve como última instancia administrativa. (*)

(*) Inciso sustituido por el Artículo Único de la Ley N° 29162, publicada el 20 diciembre 2007, cuyo texto es el siguiente:

"k) Resolver divergencias o controversias derivadas de la aplicación de la Ley, del Reglamento, de las normas técnicas, de los procedimientos y demás disposiciones complementarias, dentro del ámbito de su competencia, así como de los recursos impugnativos que se interpongan contra sus decisiones.

3. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

3.1. Sobre la solicitud de Suspensión del Procedimiento

CASAPALCA solicita que se suspenda el presente procedimiento de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64º de la LPAG, en virtud del cual cuando "la administración adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa sobre aquello que se está discutiendo en sede administrativa debe inhibirse de continuar el procedimiento administrativo", lo cual además implica su suspensión.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 64º de la LPAG establece lo siguiente:

"Artículo 64º: Conflicto con la función jurisdiccional

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio. (...)" (Subrayado nuestro).

En este sentido, advertimos, como lo señala Morón Urbina¹⁵ que los presupuestos necesarios para que proceda la inhibición del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc y la correspondiente suspensión del procedimiento, además de la identidad de sujetos, hechos y fundamentos, son:

i) *que la cuestión contenciosa se suscite entre dos particulares durante el desarrollo del procedimiento.* Requisito que no se cumple en el presente caso, en tanto, si bien el proceso constitucional de amparo fue iniciado por CASAPALCA el 05 de marzo de 2012 -fecha posterior al inicio de este procedimiento-, tiene como partes a CASAPALCA y al OSINERGMIN, es decir, a una empresa privada y a una entidad pública en ejercicio de su potestad administrativa, no así a dos particulares, como exige la norma.

ii) *que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado.* Es decir, que el contenido esencial de la materia discutida sea inherente al derecho privado y regulado conforme a sus normas.

En este sentido, para mejor entender, tenemos el ejemplo de la autoridad administrativa que antes de resolver si corresponde o no un derecho de pensión a la viuda por fallecimiento de titular de la pensión, requiere que los tribunales civiles declaren si el matrimonio era válido o nulo.

Las decisiones del COES, que afecten a los Usuarios Regulados, pueden ser impugnadas por éstos o sus representantes ante el Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN, el que resuelve como última instancia administrativa. En los demás casos, la solución de controversias se ventila mediante arbitraje, de acuerdo con la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, y con lo que establezca el Estatuto del COES".

¹⁵Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, 9ª Ed., 2011, pgs. 314 y 315.

680
Seiscientos
ochenta

iii) que exista una necesidad objetiva de obtener pronunciamiento judicial previo para poder resolver el asunto planteado ante la administración. Requisito que va muy unido al anterior. A criterio de este Cuerpo Colegiado Ad.Hoc es el más importante a efectos de resolver la excepción en cuestión.

De este modo, advertimos que el numeral 1 del artículo 64º de la LPAG -antes indicado- es claro cuando indica que no basta una simple vinculación de los procesos, sino que hace falta una interdependencia de éstos, de tal modo que la administración se vea imposibilitada de resolver sin que las cuestiones sean esclarecidas previamente por el Poder Judicial¹⁶; lo cual no ocurre en este caso, en tanto que la autoridad administrativa sí puede resolver sin necesidad de tal pronunciamiento, en virtud de lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 37º del ROSC, que faculta al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc a resolver las excepciones en la resolución final o previamente, según su criterio; por cuanto al actuar de este modo no se trasgrede ningún derecho.

Este mismo criterio es tomado por el Reglamento General, el cual señala sobre la suspensión:

*"Artículo 99º: Suspensión de Procedimientos Administrativos
Los órganos del OSINERGMIN suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se sigan, sólo en caso de que se pruebe preexistencia de un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del órgano del OSINERGMIN correspondiente, precise de un pronunciamiento previo del Poder Judicial". (Subrayado nuestro).*

De igual modo, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, hace referencia a la necesidad de una cuestión que requiera ser previamente esclarecida por el Poder Judicial para que proceda la suspensión de un procedimiento administrativo:

*"Artículo 13º: Cuestión contenciosa en procedimiento administrativo.
Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, éste se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de competencia, en cada caso".*

Por otro lado, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc debe poner de manifiesto que, al revisar la demanda de amparo, cuya copia obra en el expediente, advirtió que si bien la reclamada afirma ante el Poder Judicial la existencia de una supuesta vulneración de las normas de competencia predeterminadas por ley y el derecho al Juez Natural por parte del OSINERGMIN, en ningún momento pone a conocimiento de la autoridad judicial que ha planteado ante el OSINERGMIN la excepción de incompetencia que según la normativa pertinente viene siendo debidamente atendida.

¹⁶Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General; Gaceta Jurídica, 9ª Ed., 2011, p. 315.

Del mismo modo, tampoco ha señalado lo establecido expresamente en el último párrafo del artículo 37° del ROSC respecto de la facultad del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de resolver excepciones en la resolución final.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que para que un proceso de amparo proceda se requiere el agotamiento de las vías previas -conforme el artículo 45°¹⁷ del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237-, se advierte que la reclamada no ha puesto en conocimiento del Poder Judicial toda la información relevante para determinar la supuesta vulneración del derecho constitucional, pretendiendo sorprender con este acto a la autoridad judicial.

A mayor abundamiento, cabe destacar que en el numeral 5 del apartado III.5 de la mencionada demanda de amparo, la reclamada señala que el OSINERGMIN "no puede avocarse a conocer la controversia planteada por ELECTROPERÚ" por ser incompetente. Al respecto debemos señalar en primer lugar, que la figura del avocamiento es una figura regulada en la Constitución Política del Perú, en adelante la Constitución:

Artículo 139°: "Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.
(...)" (Subrayado nuestro).

En este sentido, "(...) el avocamiento no es más que la acción de desplazar la competencia de otra autoridad para conocer de un caso que originalmente estaba siendo conocido por aquel"¹⁸. Por lo tanto, para que se dé el supuesto avocamiento por parte de este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc a una causa judicial, es necesario que esta última haya sido iniciada con anterioridad, lo cual en el presente caso no se da, toda vez que la demanda de amparo fue presentada el 05 de marzo de 2012 y la reclamación del presente procedimiento administrativo el 09 de diciembre de 2011.

Es preciso resaltar que "[e]l supuesto de la cuestión judicial previa a la vía administrativa (...) es distinto al del avocamiento de causa pendiente en el Poder Judicial, por cuanto se refiere a aquellos casos en los cuales la autoridad administrativa se convenza que una situación contenciosa surgida en el procedimiento que instruye no permita su resolución, se suspenda hasta que la autoridad judicial declare el derecho"¹⁹; supuesto que como ya dijimos, no se presenta en el caso materia de litis, por cuanto no hay necesidad de esperar a que el Poder Judicial determine la competencia, ya que en este procedimiento administrativo -que implica una vía previa al Poder Judicial- también existen los mecanismos para determinarla conforme a ley (excepción de incompetencia); sin perjuicio de las posteriores acciones judiciales que las partes puedan presentar de tener desacuerdos debidamente fundamentados con lo finalmente resuelto por la autoridad administrativa.

¹⁷ Artículo 45°: "Agotamiento de las vías previas

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas.(...)"

¹⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General,...ob.cit., p. 312.

¹⁹ Ibidem, p. 313.

678
Seiscientos
setenta y ocho

En virtud de lo dispuesto por el numeral 64.2 del artículo 64° de la LPAG, se concluye que en el caso *sub examine* no procede la suspensión del procedimiento administrativo, porque no existe la necesidad objetiva de pronunciamiento judicial previo.

3.2. Sobre la Excepción de Incompetencia

La Constitución establece el derecho de toda persona a que sus conflictos sean conocidos y resueltos por la autoridad competente; en tal sentido, de no cumplirse con lo que este derecho exige se incurriría en un supuesto de impedimento para pronunciarse sobre el fondo, que fundamentaría la presentación de una excepción por parte del afectado. Al respecto, en su artículo 139° se señala:

Artículo 139°: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación". (Subrayado nuestro).

Asimismo, el artículo 446° del CPC establece las excepciones que las partes pueden plantear tanto en un proceso judicial como en un procedimiento administrativo²⁰. Éstas son definidas por Monroy como "un instituto procesal a través del cual el emplazado ejerce su derecho de defensa denunciando la existencia de una relación jurídica procesal inválida por omisión o defecto en algún presupuesto procesal, o el impedimento de pronunciarse sobre el fondo de la controversia por omisión o defecto en una condición de la acción".²¹ Todo esto buscando obtener una decisión justa derivada del cumplimiento del Debido Procedimiento.

Advertimos entonces que parte del Debido Proceso es el derecho a un Juez Natural, es decir, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley; lo cual en sede administrativa equivaldría al derecho a no ser desviado de la autoridad administrativa que el ordenamiento jurídico señale como competente.

Cabe resaltar, que en el caso de la autoridad administrativa, al igual que la judicial, estamos ante una competencia "inaplazable, irrenunciable e indisponible, por constituir principio elemental de[] derecho [a] que cualquier ciudadano obtenga una decisión sobre la materia que ha planteado a la autoridad administrativa (...)"²².

Por lo expuesto, ante la excepción de incompetencia debidamente presentada por CASAPALCA en el escrito de su contestación de la reclamación, procederemos a determinar si el OSINERGMIN, a través de sus órganos de solución de controversias, es competente para conocer y resolver el presente caso; para lo cual cabe preguntarse qué señalan las normas específicas sobre el tema de la competencia del OSINERGMIN para la solución de controversias. De este modo, tenemos que el Reglamento General establece lo siguiente:

²⁰ En virtud de lo dispuesto en la cuarta disposición final y transitoria del ROSC y del 1.2. del artículo IV de la LPAG, en todo lo no previsto por el ROSC se aplicará supletoriamente las disposiciones de la LPAG y del CPC.

²¹ MONROY GALVEZ, Juan, en LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo II, Gaceta Jurídica, 2da. Ed., 2009, ps. 5y 6.

²² MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, 9ª Ed., 2011, p. 312.

"Artículo 46º: Controversias entre Entidades, entre Entidades y Usuarios Libres, y entre Usuarios Libres

OSINERG es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre Entidades, entre Entidades y Usuarios Libres, y entre Usuarios Libres:

(...)

c) Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

(...)"

Similar redacción encontramos en el ROSC:

"Artículo 2º: Competencia de OSINERG.

Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

(...)

- Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

(...)"

De conformidad con lo dispuesto en las normas antes indicadas, se constata que la presente controversia cumple con el primer requisito (subjetivo) para ser conocida por este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, en tanto se trata de un conflicto entre un generador -ELECTROPERÚ- y un usuario libre -CASAPALCA-.

Respecto del segundo requisito (objetivo), es preciso verificar si la mencionada controversia está relacionada con aspectos técnicos, regulatorios o normativos, sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

Aspectos regulatorios y normativos que presenta la controversia

El mercado de energía eléctrica resulta un mercado especial y diferente al de otros bienes y servicios, en tanto i) necesita balance instantáneo entre oferta y demanda, ii) tiene muy limitada y onerosa capacidad de almacenamiento, iii) no tiene sustitutos en el corto plazo, iv) la discontinuidad del suministro tienen un muy alto valor y en ciertos casos resultan intolerables; y v) la demanda eléctrica resulta inelástica en el corto plazo.

En este contexto, resulta inevitable la existencia de diferencias entre las cantidades contratadas previamente por las partes (contratos bilaterales entre generador y cliente) y los valores que realmente se obtienen en la producción del generador y la demanda del cliente, los cuales difícilmente coinciden con las cantidades pactadas.

676
Seiscientos
setentiseis

Debido a esta situación, se ve la necesidad de transar dichos desbalances en un Mercado de Corto Plazo²³, en adelante MCP, conocido también como Mercado Spot, el cual buscando mantener el balance general de la generación y demanda del sistema interconectado, también actúa como complemento y requisito para el funcionamiento del mercado de estos contratos bilaterales de electricidad entre generadores y grandes clientes.

Así, para el cumplimiento de su fin, este MCP cuenta con reglas y mecanismos de operación - definidos en la LCE y su Reglamento, la Ley N° 28832 y en las normas modificatorias y complementarias- mediante los cuales se efectúan transacciones comerciales en el mismo momento en que la energía es tomada por el adquirente, sin necesidad de contratos ni plazos establecidos entre las partes.

Estas transacciones están sujetas a regulación de precios, tal como se verifica en la LCE:

"Artículo 43º: *Estarán sujetos a regulación de precios:*

a) *La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14º de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Esta regulación no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador.*

b) *Los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los Distribuidores y Usuarios Libres, los mismos que serán determinados de acuerdo a lo establecido en el artículo 14º de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.*
(...)" (subrayado nuestro).

Este MCP es administrado por el COES, a través de una operación centralizada.

Cabe resaltar, que las transacciones en el MCP no podrían estar exentas de regulación, en tanto se efectúan sin contratos ni plazos establecidos entre los integrantes del COES. De este modo, las normas del sector eléctrico también regulan el monto (precio) de las transacciones, el cual corresponde al Costo Marginal de Corto Plazo²⁴ y al período de liquidación del mercado, que se efectúa cada 15 minutos.

Esta frecuente periodicidad en la determinación de los precios regulados en cada barra del sistema interconectado (96 veces en cada día, en más de 80 barras del sistema interconectado) lleva a que las normas del sector encarguen la mencionada actividad regulatoria a la Dirección de Operaciones del COES²⁵, argumento con que infructuosamente pretende CASAPALCA justificar que la controversia no es de índole regulatorio al no ser un precio determinado por OSINERGMIN.

Por todo lo expuesto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc concluye que al originarse la presente controversia por retiros de potencia y energía efectuados en el MCP que administra el COES; y al estar estos retiros sujetos a regulación de precios, la mencionada controversia resulta relacionada con temas regulatorios.

²³ Artículo 1º de la Ley N° 28832: "Mercado de Corto Plazo en el cual se realizan las transferencias de potencia y energía, determinadas por el COES".

²⁴ Cfr. Numeral 5 del Anexo de Definiciones de la LCE: "COSTO MARGINAL DE CORTO PLAZO: Costo de producir una unidad adicional de electricidad en cualquier barra del sistema de generación-transporte. Éste varía por barra o nodo".

²⁵ Cfr. Artículo 91º del Reglamento de la LCE, derogado por el artículo 2º del Decreto Supremo N° 027-2008-EM, publicado el 03 mayo 2008, que aprueba Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema (COES).

678
Seiscientos
setenta y ocho

Asimismo, la controversia suscitada también está relacionada a aspectos normativos, en tanto atañe a reglas y mecanismos que definen la operación del MCP, que están determinados por la normativa sectorial, cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el OSINERGMIN²⁶.

Cabe precisar que el COES administra el MCP siguiendo lo dispuesto en las normas o Procedimientos aprobados por OSINERGMIN, los cuales son de aplicación y cumplimiento obligatorio por todos los agentes de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6.1 del artículo 6° del Reglamento del COES²⁷, aprobado por Decreto Supremo N° 027-2008-EM. Lo manifestado desvirtúa lo indicado por CASAPALCA en el literal g) del numeral 3.1. de su escrito de contestación al sostener que "la función reguladora del OSINERGMIN no está referida a fijar los Procedimientos para determinar las valorizaciones de transferencia y/o retiros sin contrato lo cual es competencia exclusiva del Ministerio de Energía y Minas" (es preciso indicar que la aprobación de las referidas normas o Procedimientos la efectúa OSINERGMIN bajo la función normativa²⁸ que le otorga la ley).

CASAPALCA sostiene que los mecanismos que implementó el COES para cerrar las valorizaciones mensuales no constituyen un Procedimiento Técnico legalmente válido; en tanto, no existe un Procedimiento Técnico específico para valorizar los retiros de potencia y energía de los usuarios libres y que además, el COES no tiene capacidad normativa ni regulatoria.

Al respecto, corresponde indicar que para las valorizaciones de los retiros de potencia y energía efectuados por CASAPALCA, mientras se dilucidaba judicialmente la validez del contrato suscrito con la generadora ENERSUR, el COES aplicó el Procedimiento Técnico N° 10, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME, sobre Valorización de las Transferencias de Energía Activa entre Generadores Integrantes del COES, el cual sustenta la actuación del COES y de las partes, al operar de la siguiente manera:

De acuerdo con el numeral 9.1²⁹ del Procedimiento Técnico N° 10, en cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión (v.gr. Barra Antuquito 50 kV), solo deben existir Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados.

²⁶ Cfr. Artículo 1° de la LCE, la cual dispone que tanto el Ministerio de Energía y Minas como el OSINERGMIN son los encargados de velar por el cumplimiento de la LCE, quienes además podrán delegar en parte las funciones conferidas.

²⁷ Artículo 6°: Aplicación y modificación de Procedimientos

6.1. Los Procedimientos aprobados por OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los Agentes.

(...).

²⁸ Cfr. Inciso c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco: "Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador

²⁹ Procedimiento N° 10 sobre Valorización de las Transferencias de Energía Activa entre Generadores Integrantes del COES: "9. Procedimiento

9.1. En cada Barra de Transferencia se debe cumplir que la sumatoria de Entregas debe ser igual a la sumatoria de Retiros. En cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión solo existirán Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados.

Al efectuarse el balance de energía en cada Barra de Transferencia del Sistema Principal de Transmisión, el error admisible no deberá ser mayor de 2% del Retiro (si el error es negativo) o de la Entrega (si el error es positivo) del Transmisor. Si la diferencia del balance es igual o menor que el error admisible, dicha diferencia se cerrará con la Entrega o Retiro del Transmisor según dicho error sea positivo o negativo respectivamente.

Si la diferencia del balance es superior al error admisible, deberán verificarse los perfiles de las Entregas y Retiros en dicha barra. Si después de dicha verificación persistiera el error, la División de Evaluación y Estadística cerrará el balance provisionalmente, para efectos de la transferencia de energía, con el Retiro o Entrega del Transmisor según sea el caso, debiendo revisar en detalle toda la medición que lleve a dar solución al problema dentro de los 15 días siguientes de aprobada la valorización.

674
Seiscientos
setenta y cuatro

Una interpretación literal lleva a que solo los generadores sean tomados en cuenta por el COES al momento de la liquidación (valorización de las inyecciones y retiros); dejando de lado a clientes libres que, como CASAPALCA, por un proceso judicial en trámite venían retirando energía del MCP en la Barra Antuquito de 50 kV.

En este sentido, la declaración judicial de la vigencia del contrato suscrito por CASAPALCA con ENERSUR hubiera facilitado al COES el proceso de asignación de los retiros efectuados; sin embargo, al declararse judicialmente resuelto el referido contrato desde mayo de 2006, se produjo un saldo resultante que hizo que la sumatoria de Entregas a la Barra de Antuquito en 50 kV no resultase igual a la sumatoria de los Retiros en la misma barra.

Por esta razón el COES, aplicando el numeral 9.4 del Procedimiento Técnico N° 10, asignó el Saldo Resultante obtenido entre los generadores integrantes, prorrateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectuó la valorización.

Debemos tener en cuenta que los Procedimientos Técnicos relativos a la valorización de las transferencias del MCP se basan en lo dispuesto en los artículos 107° y 108° del Reglamento de la LCE³⁰, normas que utilizan tanto los términos "generadores integrantes" como "integrante" en la descripción del proceso de valorización de las transferencias, los cuales suscitan conflicto al dar lugar a diversas interpretaciones, desde que el COES, al momento de definir el balance de potencia en cada barra, asume que el término "integrante" incluye también a las empresas transmisoras; sin embargo, al efectuar la valorización, considera que "integrante" solo comprende a los "generadores integrantes" del COES.

La diferencia normativa entre ambos términos, adquiere connotación en la presente controversia, en tanto que el COES evolutivamente ha venido incorporando, como miembros integrantes, a las empresas de generación y transmisión principal, distribuidoras y clientes libres, al punto que en la actualidad la empresa CASAPALCA es también un integrante del COES.

De considerarlo necesario el COES requerirá que los propietarios de la medición efectúen, bajo su supervisión, el contraste de los medidores y/o la correcta sincronización de sus relojes. El resultado de dicho análisis y el ajuste a que de lugar, se incluirán en la siguiente valorización.

9.2. Las Entregas y Retiros de cada generador integrante serán valorizadas al Costo Marginal de Corto Plazo de la Barra de Transferencia correspondiente.

9.3. Para cada generador integrante se determina su Saldo de Transferencias que resulta de la sumatoria de las valorizaciones de sus Entregas menos la sumatoria de las valorizaciones de sus Retiros.

La sumatoria de los Saldos de Transferencias en el Sistema Principal de Transmisión de los generadores integrantes constituirá el Saldo Resultante.

9.4. El Saldo Resultante será asignado a cada generador integrante, prorrateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectúa la valorización.

³⁰El Reglamento de la LCE regula el pago de las transferencias del MCP en los siguientes artículos:

"Artículo 107°: La valorización de las transferencias de energía entre los generadores integrantes, por la operación económica del sistema y que no comprende los contratos previamente establecidos, será efectuada y registrada por el COES en forma mensual, de acuerdo al siguiente procedimiento:

- a) Se efectuará la medición y/o los cálculos para determinar las entregas y retiros de energía de cada integrante;*
- b) La energía entregada y retirada por cada integrante será valorizada multiplicándola por el Costo Marginal de Corto Plazo correspondiente; y,*
- c) Para cada integrante, se sumarán algebraicamente todas las entregas y retiros valorizados ocurridos en el sistema durante el mes. Las entregas se considerarán con signo positivo y los retiros con signo negativo.*

El valor resultante, sea positivo o negativo, constituirá el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante".

"Artículo 108°: Cada integrante que obtenga un saldo neto mensual negativo pagará dicha cantidad, dentro de los siete (7) días calendario del mes siguiente a todos los integrantes que tengan saldo positivo, en la proporción en que cada uno de éstos participe en el saldo positivo total del mes.

Adicionalmente, el COES determinará las transferencias de energía reactiva los correspondientes pagos entre integrantes, según los procedimientos que estipule el Estatuto sobre la materia, considerando criterios de equidad por inversión en equipos de compensación reactiva".

Por otro lado, como un hecho que convalida indirectamente la aplicación de los Procedimientos Técnicos efectuados por el COES, la reclamada CASAPALCA al declararse judicialmente la resolución de su contrato con ENERSUR, procedió a reconocer el pago a un grupo de empresas generadoras integrantes del COES por las asignaciones de retiros de energía y potencia que efectuó el COES a favor de éstas, en el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009. En tal sentido, CASAPALCA suscribió Acuerdos Privados de reconocimiento de pago con las siguientes empresas generadoras integrantes del COES: Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A., Empresa de Generación Eléctrica de Machupicchu S.A., Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A., Kallpa Generación S.A., Termoselva S.R.L., Edegel S.A.A., Duke Energy Egenor S. en C. por A., Sociedad Minera Corona S.A., SN Power Perú S.A., y Empresa Eléctrica de Piura S.A.³¹

De este modo, al haberse determinado que la presente controversia está relacionada con aspectos regulatorios y normativos, corresponde determinar si éstos están sujetos a la supervisión por parte de OSINERGMIN.

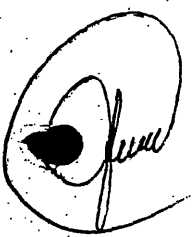
En principio, el inciso a) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco, establece como una de las funciones de los Organismos Reguladores -como el OSINERGMIN- la función supervisora, que comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.

Por su parte, el Reglamento General señala textualmente:

Artículo 31°: "Definición de Función Supervisora.

La función supervisora permite a OSINERGMIN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las Entidades y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSINERGMIN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la Entidad supervisada.

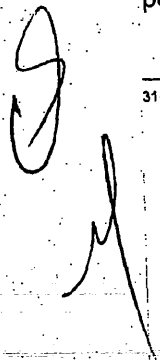
(...)" (subrayado nuestro).



De otro lado, el artículo 101° de la LCE, señala que es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES. Asimismo, el inciso c) del artículo 201° del Reglamento de la LCE, establece como incumplimiento para el usuario libre el "[n]o efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES". Cabe señalar que las valorizaciones permiten que los integrantes, entre ellos los usuarios libres, procedan al pago por el retiro de potencia y energía.

En ese sentido, la Ley N° 28832, en su inciso g) del artículo 14°, establece como funciones del COES el [d]eterminar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES, en concordancia con el artículo 107° del Reglamento de la LCE".

De lo expuesto, se puede concluir que OSINERGMIN supervisa el cumplimiento de las disposiciones del COES en tanto que son emitidas en ejercicio de las funciones conferidas por la Ley N° 28332, como es el caso de las determinaciones y valoraciones de transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES.



³¹ Copia de estos convenios obran en el Expediente a folios 534 a 614.

672
Seiscientos
Setentidos

Por lo expuesto, de los fundamentos mencionados anteriormente, este colegiado concluye que la controversia a la que se ha avocado constituye una entre generador y usuario libre que se relaciona con aspectos regulatorios y normativos sujetos a supervisión y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN, como es el retiro de potencia y energía sin respaldo contractual, de lo cual se concluye que se encuentra dentro del supuesto establecido por el artículo 46° inciso c) del Reglamento General y por el inciso a) del artículo 2° del ROSC y, por tanto, el OSINERGMIN, a través de sus órganos de solución de controversias, cuenta con plena competencia para resolverla, luego de la evaluación correspondiente de todo lo actuado en la presente litis.

Finalmente, respecto de la Resolución N° 001-2012-OS/CC-66, que entre otras cosas, asumió la competencia de este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, debemos señalar que al tratarse de un equivalente de lo que en sede civil vendría a ser un *auto* –regulado en el artículo 121° del CPC³²– es una decisión que, sin versar sobre el tema de fondo, requiere de motivación para su pronunciamiento. En este sentido, nos remitimos al texto de la mencionada resolución para advertir el cumplimiento de este requisito, por cuanto en su parte considerativa se expusieron tanto los hechos como los fundamentos de derecho. Por lo cual, no se vulneró derecho alguno. Además, se debe tener en cuenta que las partes contaban con un mecanismo de defensa procesal previsto por ley para cuestionar la competencia del juzgador, como efectivamente lo hizo CASAPALCA al deducir la excepción.

3.3. Sobre la solicitud de pronunciamiento previo de la excepción de incompetencia

El artículo 37° del ROSC establece que las excepciones se resuelven conjuntamente con la resolución final o excepcionalmente a criterio del juzgador antes.

En este caso, al resolverse la excepción de incompetencia mediante la presente resolución, con anterioridad a la emisión de la resolución final, carece de sentido pronunciarse sobre el particular.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332; el Reglamento General de OSINERGMIN; aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 0826-2002-OS/CD y modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS-CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD, 752-2007-OS/CD y 674-2008-OS-CD; y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Denegar la solicitud de Suspensión del Procedimiento Administrativo de Solución de Controversias seguido por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. contra COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- Declarar INFUNDADA la Excepción de Incompetencia del ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA deducida por COMPAÑÍA

³² "Artículo 121°: Decretos, autos y sentencias

Mediante los decretos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite.

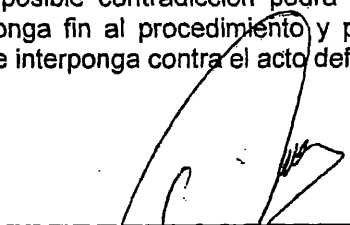
Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvención, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

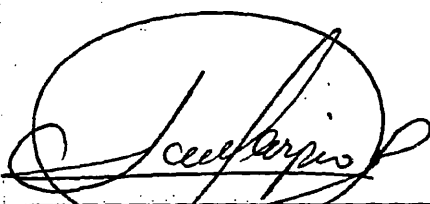
Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal".

MINERA CASAPALCA contra la reclamación presentada por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

674
Suscrito
potestativo

ARTÍCULO 3°.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el numeral 206.2° del artículo 206° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y el artículo 47° del Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 0826-2002-OS/CD y sus normas modificatorias, que no procede contra esta resolución la interposición del recurso de apelación, por lo cual toda posible contradicción podrá alegarse por las partes para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrá impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.



Juan Carlos Liu Yonsen
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Víctor Alberto Del Carpio Bacigalupo
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

Anibal Torrecich Górdova
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

ANEXO 6:
Resolución del Cuerpo
Colegiado Ad-Hoc N° 006-
2012-OS/CC-66, que
resuelve en primera
instancia sobre los aspectos
de fondo.

795
Setecientos
quince

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 006-2012-OS/CC-66**

Lima, 19 de abril de 2012.

VISTO:

El expediente de la reclamación presentada por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A., en adelante ELECTROPERÚ o la reclamante, contra COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., en adelante CASAPALCA o la reclamada, por concepto de retiro de potencia y energía activa sin respaldo contractual por el periodo comprendido entre mayo 2006 a febrero 2009.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes:

- 1.1. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201100163723, el día 09 de diciembre de 2011, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra CASAPALCA ante el OSINERGMIN.
- 1.2. Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 012-2012-OS/CD, de fecha 12 de enero de 2012, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.3. Con Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2012-OS/CC-66, de fecha 19 de enero de 2012, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumió competencia en la presente controversia y admitió a trámite la reclamación presentada por ELECTROPERÚ. Asimismo, se dispuso el traslado de la reclamación, otorgando a la empresa reclamada un plazo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
- 1.4. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200020243, el 09 de febrero de 2012, CASAPALCA presentó contestación a la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
- 1.5. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2012-OS/CC-66, de fecha 10 de febrero de 2012, se admitió la contestación presentada por CASAPALCA a la reclamación, se puso a conocimiento de ELECTROPERÚ y se citó a Audiencia Única para el día 29 de febrero de 2012.
- 1.6. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200030104, presentado el 29 de febrero de 2012, CASAPALCA solicitó la abstención por decoro del señor Aníbal Tomecich Córdova en su calidad de integrante del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc designado para conocer y resolver el presente caso.
- 1.7. El día 29 de febrero de 2012 se llevó a cabo la primera sesión de la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de representantes de ambas partes, quienes expusieron sus respectivas posiciones. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° del Reglamento del

714
Setecientos
catorce

Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc
OSINERGMIN
N° 006-2012-OS/CC-66

OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante ROSC, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc procedió a fijar los puntos controvertidos, admitiendo y actuando los medios probatorios presentados. Al respecto, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, con el objeto de actuar el medio probatorio correspondiente a la exhibición de documentos que debía realizar CASAPALCA, suspendió la Audiencia Única en virtud de la facultad que le confiere el artículo 39° del ROSC y programó que ésta continuaría el día 06 de marzo de 2012.

- 1.8. El día 06 de marzo de 2012 se llevó a cabo la segunda y última sesión de la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de representantes de ambas partes y se procedió a la actuación del medio probatorio pendiente, dándose por concluida la Audiencia Única.
- 1.9. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 003-2012-OS/CC-66, de fecha 06 de marzo de 2012, se declaró improcedente el pedido de abstención por decoro presentado por CASAPALCA.
- 1.10. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200033376, presentado el 06 de marzo de 2012, CASAPALCA solicitó pronunciamiento previo de la excepción de incompetencia planteada en su escrito de contestación de la reclamación.
- 1.11. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200037168, presentado el 13 de marzo de 2012, ELECTROPERÚ presentó sus alegatos finales.
- 1.12. Mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200039335, presentado el 16 de marzo de 2012, CASAPALCA solicitó la suspensión del procedimiento por existir supuesta prejudicialidad con el proceso de amparo que inició contra el OSINERGMIN.
- 1.13. Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2012-OS/CC-66, de fecha 13 de abril de 2012, se dio atención a los escritos mencionados en los numerales 1.10 y 1.12 denegando el pedido de suspensión del procedimiento planteado por CASAPALCA y se resolvió la excepción de incompetencia, declarándola infundada.
- 1.14. Al haberse verificado el cumplimiento de todas las etapas previstas para el procedimiento de solución de controversias, la reclamación se encuentra expedita para ser resuelta por este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

2. De la controversia:

2.1. De la reclamante ELECTROPERÚ

ELECTROPERÚ sustenta su posición en lo manifestado en su escrito de reclamación, en la Audiencia Única y en su escrito de alegatos, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.1.1. Fundamentos de hecho:

- ELECTROPERÚ señala que el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional, en adelante COES, en las valorizaciones mensuales de transferencia de potencia y energía activa

Resolución Final
006-2012-CC
1ª Instancia

correspondientes a los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009, asignó a los generadores integrantes del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, en adelante SEIN, retiros de potencia y energía sin respaldo contractual realizados por CASAPALCA.

- Agrega que estas asignaciones se realizaron a los generadores integrantes que no contaban con medidas cautelares que lo impidieran, como era el caso de ELECTROPERÚ; hasta 2009, año en el que, al dejarse sin efecto las medidas cautelares, se efectuó un recálculo de las valorizaciones que implicó asignación de retiros a ELECTROPERÚ.
- ELECTROPERÚ manifiesta que CASAPALCA efectuó retiros de electricidad en el periodo mencionado en virtud del Contrato de Suministro de Electricidad que tenía suscrito con ENERSUR S.A., en adelante ENERSUR, empresa generadora integrante del COES; sin embargo, posteriormente el mencionado contrato fue resuelto arbitrariamente, por lo que el COES los consideró como retiros sin respaldo contractual. En tal sentido, el Subcomité de Generadores del COES por su parte, envió a CASAPALCA la carta N° SCG-016-2011, de fecha 17 de junio de 2011, requiriéndole una propuesta de pago a los generadores que asumieron los "retiros sin contrato" en cuestión; esta carta incluyó la valorización señalada para ELECTROPERÚ.
- Debido a este requerimiento, CASAPALCA pagó a diversos generadores por medio de acuerdos celebrados con éstos, los cuales fueron exhibidos en la segunda sesión de la Audiencia Única.
- ELECTROPERÚ agrega que mediante Carta N° C-1374-2011, de fecha 07 de octubre de 2011, requirió a CASAPALCA el pago de su factura N° 005-12474 por el monto de S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84, incluyendo IGV) emitida por concepto de valorizaciones de los "retiros sin contrato" de potencia y energía activa del SEIN efectuados por CASAPALCA y asignados por el COES a ELECTROPERÚ en el periodo de la controversia.
- ELECTROPERÚ sustenta el monto reclamado en los cuadros que elaboró sobre la base de los Informes del COES Nos. COES/DO/STR-177-2009, COES/DO/STR-020-2010, COES/DO/STR-176-2009 y COES/DO/STR-202-2009, que adjuntó a su escrito de reclamación (Anexos 1.C., 1.D. y 1.E.).
- ELECTROPERÚ señala que CASAPALCA mediante su comunicación N° CMC/GAF.090.11, de fecha 18 de octubre de 2011, se negó a pagar esta factura, manifestando que los retiros en cuestión los realizó en virtud del Contrato de Suministro de Electricidad que celebró con ENERSUR, vigente hasta febrero de 2009, cuya ineficacia estaba siendo discutida ante el Poder Judicial. Asimismo, indica que en el supuesto que se declare tal ineficacia, los retiros materia de la controversia deberían ser asumidos por ELECTROPERÚ en cumplimiento del Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre que celebró con esta empresa el 08 de mayo de 2006.

712
Setecientos
dos

2.1.2. Fundamentos de derecho:

- ELECTROPERÚ indica que CASAPALCA en su calidad de integrante del COES debió cuestionar lo que éste determinó respecto de los montos asignados a los generadores por "retiros sin contrato" según los mecanismos previstos en su Estatuto: reconsideración, apelación y arbitraje. Al no hacerlo, implicó el consentimiento de los retiros sin respaldo contractual y los montos asignados. En este sentido, advierte que este punto ya no podría ser cuestionado, en tanto vencieron los plazos para hacer las respectivas impugnaciones.
- ELECTROPERÚ señala que este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no es competente para pronunciarse sobre el pronunciamiento del COES; no obstante, sí puede estimar o desestimar el derecho invocado, en virtud del inciso e)¹ del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en adelante Ley Marco.
- ELECTROPERÚ argumenta que los alcances del pronunciamiento judicial o arbitral al que se refiere CASAPALCA en su comunicación N° CMC/GAF.090.11 no le es aplicable, al ser ajeno a la relación contractual que tiene con la reclamante, en virtud del Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre entre ELECTROPERÚ S.A. y COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. que suscribieron el 08 de mayo de 2006, y su Primera y Segunda Adenda de fechas 27 de junio de 2006 y 13 de noviembre de 2006, respectivamente.
- ELECTROPERÚ hace referencia a la cláusula 1.4 del mencionado contrato que textualmente señala: "Ambas partes declararan conocer que **EL CLIENTE** tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de suministro de electricidad con ENERSUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4.5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por EL CLIENTE con ENERSUR hasta el término del citado contrato". (Subrayado por ELECTROPERÚ).
- Añade que las cláusulas 3.1 y 3.2 del referido contrato establecen sus compromisos máximos de suministro de potencia y energía a favor de CASAPALCA, adicionales al suministro de hasta 4,5 MW contratado por la reclamada con ENERSUR, tal como se desprende de la cláusula 4.1 del contrato celebrado por CASAPALCA y ENERSUR.

¹ "Artículo 3°: Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y(...)".

- Agrega el tenor del segundo párrafo de la cláusula 3.4 del contrato que suscribió con CASAPALCA: "Las partes convienen que el suministro objeto del contrato tiene carácter de exclusividad; por lo que EL CLIENTE no podrá contratar con otros proveedores sus requerimientos adicionales de potencia y energía, respecto a los compromisos máximos de suministro de potencia y energía establecidos en 3.1 y 3.2, respectivamente, excepto cuando EL CLIENTE hubiera contratado con otro proveedor parte de sus requerimientos de suministro de electricidad en fecha anterior a la de la suscripción del presente contrato o LA GENERADORA hubiera denegado a EL CLIENTE su solicitud de aumento de potencia (...)". (Subrayado de ELECTROPERÚ).
- A decir de ELECTROPERÚ, contrariamente a lo que expresa CASAPALCA en su carta N° CMC/GAF.090.11, el contrato que celebró con ELECTROPERÚ no permite interpretar la posibilidad que el reclamante asuma la responsabilidad del suministro de electricidad de hasta 4,5 MW que CASAPALCA contrató con ENERSUR, en el supuesto de que este contrato quedara resuelto, como es este caso.
- Por último, manifestó que todas estas precisiones fueron hechas oportunamente ante el COES por medio de la Carta N° C-0543-2010 de fecha 16 de abril de 2010.

2.2. De la reclamada CASAPALCA

CASAPALCA sustenta su posición en lo manifestado en su escrito contestación de la reclamación y en Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.2.1. Sobre la Excepción de Prescripción Extintiva

- En su escrito de contestación de la reclamación, CASAPALCA deduce excepciones de incompetencia de los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN y de prescripción extintiva.
- Al respecto, la reclamada señala que en caso la excepción de incompetencia de los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN fuera desestimada², el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc debería tener en cuenta que CASAPALCA no reconoce las valorizaciones del COES correspondientes a los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009, lo cual no sustenta en cuestiones técnicas, normativas y/o regulatorias, sino en que los retiros de energía y potencia de CASAPALCA fueron realizados en virtud de vigentes contratos con ENERSUR y ELECTROPERÚ.
- Asimismo, afirma que dichos retiros fueron realizados en virtud del Contrato de Suministro de Energía y Potencia Eléctrica, de fecha 16 de setiembre de 2003, celebrado con ENERSUR, cuyo plazo de vigencia era hasta febrero de 2009. Agrega que se siguió un proceso arbitral a

² La excepción de incompetencia fue declarada infundada por este colegiado mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2012-OS/CC-66, de fecha 13 de abril de 2012.

710
Setecientos
diez

través del cual se discutió la validez de la resolución de pleno derecho del mencionado contrato, cuya resolución final declaró por mayoría que la resolución contractual se produjo el 20 de mayo de 2006.

- A decir de CASAPALCA, la resolución del Tribunal Arbitral es una arbitrariedad, por ello interpuso recurso de anulación y luego inició un Proceso de Amparo ante el Poder Judicial, el cual se encuentra actualmente en el Tribunal Constitucional.
- Indica que aún declarándose la ineficacia del contrato con ENERSUR, CASAPALCA mantenía con ELECTROPERÚ un Contrato de Suministro de Electricidad a Precio Libre desde el 01 de mayo de 2006, por el cual la generadora debía brindar de manera exclusiva un suministro de electricidad en lo que exceda a la contratada a ENERSUR, conforme la cláusula 1.4 de dicho contrato.
- Advierte que, si el contrato con ENERSUR dejase de surtir efectos, deberá entenderse que los retiros de potencia y energía efectuados entre mayo del 2006 y febrero de 2009 se encuentran comprendidos dentro de los alcances del contrato de suministro con ELECTROPERÚ.
- CASAPALCA señala que ELECTROPERÚ indicó en su escrito de reclamación que en el contrato que suscribieron no existe disposición que permita interpretar la posibilidad de que ELECTROPERÚ asuma la responsabilidad del suministro de electricidad de hasta 4.5 MW contratado por CASAPALCA con ENERSUR, en la eventualidad de que el respectivo contrato quedara resuelto.
- Asimismo, indica que para ELECTROPERÚ los retiros efectuados por CASAPALCA de mayo de 2006 a febrero de 2009 se realizaron como "retiros sin contrato", que no fueron realizados en virtud del contrato que suscribió con CASAPALCA.
- CASAPALCA sostiene que ELECTROPERÚ también indicó que el COES realizó las valorizaciones mensuales de transferencia de potencia y energía activa correspondiente a los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009 y calificó los retiros de CASAPALCA como "retiros sin contrato"; es decir, que el COES asignó a los generadores del SEIN los retiros de potencia y energía sin respaldo contractual que esta empresa efectuó y; por lo tanto, se advierte que ELECTROPERÚ no cuestionó la calificación de "retiros sin contrato".
- Para CASAPALCA dichos "retiros sin contrato" han generado una relación extracontractual y manifiesta que según ELECTROPERÚ, han causado a la generadora un perjuicio atribuible a CASAPALCA, por lo cual señala que tiene derecho a exigirle el pago del valor de los "retiros sin contrato" que le fueron atribuidos.
- Asimismo, CASAPALCA indica que lo que ELECTROPERÚ solicita es un resarcimiento (indemnización) por los perjuicios generados por las asignaciones de dichos "retiros sin contrato" efectuados por CASAPALCA. En este sentido, afirma se trata de un caso de

responsabilidad extracontractual, establecida en el artículo 1969^{o3} del Código Civil, en adelante CC, que señala que el perjuicio causado a otro debe ser indemnizado. Es decir, es una institución eminentemente civil, pues a diferencia del Derecho Público, no busca la sanción del daño causado, sino la reparación de las víctimas.

- De este modo, sostiene que la pretensión indemnizatoria de ELECTROPERÚ busca el pago de una suma de dinero. Sin embargo, el artículo 2001° del CC establece que la acción por indemnización derivada de responsabilidad extracontractual prescribe a los dos (2) años y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1993° del CC, la prescripción comienza a correr desde el día en que pueda ejercitarse la acción; en este caso, desde la fecha de emisión de cada uno de los retiros efectuados.
- Finalmente, CASAPALCA señala que ELECTROPERÚ pudo ejercitar su pretensión de pago hasta por dos (2) años después de los retiros realizados entre mayo de 2006 y febrero de 2009, por lo cual la presente pretensión ya habría prescrito según el tenor del artículo 2001° del CC.

2.2.2. Sobre la reclamación.

- La reclamada indica que ELECTROPERÚ pretende que el OSINERGMIN ordene a CASAPALCA el pago de montos por "retiros sin contrato" asignados por el COES en las valorizaciones mensuales efectuadas por potencia y energía correspondiente al periodo mayo de 2006 a febrero de 2009; es decir, el pago de una suma de dinero respaldada en unas valorizaciones que generan una relación de carácter comercial.
- CASAPALCA señala que dichas valorizaciones no han sido cuestionadas por ELECTROPERÚ, por lo cual se deduce que las toma como ciertas.
- CASAPALCA advierte que de resolverse esta causa, se estaría resolviendo sobre la existencia de una obligación y determinando -si a caso fuera posible dentro de un procedimiento administrativo- que las valorizaciones de transferencia de potencia y energía entre mayo de 2006 y febrero de 2009 constituyen título suficiente para exigir el cumplimiento forzado de una obligación.
- Por otro lado, CASAPALCA sostiene que ELECTROPERÚ le exige al OSINERGMIN que reconozca la existencia de una obligación de pago extracontractual, es decir, del monto asignado según las valorizaciones del COES; y tener a estas últimas como un título que contiene la obligación de pago y, en consecuencia, su exigencia y ejecución forzosa, en atención al artículo 46° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en adelante Reglamento General.

³ "Artículo 1969°: Responsabilidad subjetiva

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

708
Setecientos
ochos

Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc
OSINERGMIN
N° 006-2012-OS/CC-66

- CASAPALCA dice que en virtud de lo dispuesto por el literal c)⁴ del artículo 46° del Reglamento General, el OSINERGMIN es competente para conocer reclamos que se refieran a aspectos técnicos, normativos y regulatorios, por lo cual señala que:
 - Las valorizaciones de transferencia de potencia y energía son determinadas sobre la base de procedimientos técnicos fijados por el Ministerio de Energía y Minas. Los informes de valorizaciones mensuales representan una determinación de pago, establecido mediante un Procedimiento Técnico de naturaleza específica que origina, entre el generador y el asignado, una relación de carácter comercial. Sin embargo, el COES no cuenta con un procedimiento técnico específico para valorizar retiros de potencia y energía de los usuarios libres.
 - El COES es un ente operativo sin capacidad ni normativa ni regulatoria; sin embargo, ha implementado mecanismos para realizar las valorizaciones mensuales mencionadas y así cumplir con su obligación del artículo 14° de la Ley N° 28832, mediante los cuales se ha determinado y asignado a ciertos generadores del SEIN los retiros de potencia y energía de los usuarios libres.
 - ELECTROPERÚ reconoció las valorizaciones del COES; mientras que CASAPALCA no reconoce dichas valorizaciones en tanto los retiros efectuados entre mayo de 2006 a febrero de 2009 fueron efectuados en virtud del contrato de suministro que celebró con ENERSUR, el cual estuvo vigente hasta febrero de 2009.
 - Dicho contrato, fue objeto de un proceso arbitral, por el que se discutió la validez de su resolución de pleno derecho. La resolución final del Tribunal Arbitral declaró que la resolución del contrato se produjo el día 20 de mayo de 2006, por lo cual CASAPALCA interpuso recurso de anulación ante el Poder Judicial. Asimismo, indicó que actualmente se encuentra en trámite un Proceso de Amparo que se encuentra en el Tribunal Constitucional.
 - Este laudo no ha adquirido autoridad de cosa juzgada, por lo cual la declaración de validez de la resolución del contrato con ENERSUR carece de irreversibilidad innata a la cosa juzgada.

⁴Artículo 46°.- Controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES

OSINERG es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre ENTIDADES, entre ENTIDADES y USUARIOS LIBRES, y entre USUARIOS LIBRES:

(...)

c) Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y USUARIOS LIBRES, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión; sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

(...)"

- Aún declarándose la ineficacia del contrato con ENERSUR, CASAPALCA mantiene, desde 01 de mayo de 2006, un contrato de suministro de electricidad con ELECTROPERÚ, en virtud del cual debería brindar de manera exclusiva un suministro de electricidad en lo que exceda a la contratada a ENERSUR, conforme la cláusula 1.4 de dicho contrato.
- Si el contrato con ENERSUR dejase de surtir efectos, deberá entenderse que los retiros de potencia y energía efectuados entre mayo del 2006 y febrero de 2009 se encuentran comprendidos dentro de los alcances del contrato suscrito con ELECTROPERÚ.
- Consideran que los retiros mencionados deben ser valorizados al precio del contrato de ENERSUR y, en caso deje de surtir efectos, en el precio establecido en el contrato celebrado con ELECTROPERÚ.
- Que por Carta N° CMC-004-10-GG, de fecha 19 de enero de 2010, se le solicitó a ELECTROPERÚ que emita una liquidación por consumo de energía del periodo entre 20 de mayo de 2006 a 28 de febrero de 2009 sustentada en el contrato que CASAPALCA celebró con ELECTROPERÚ.
- CASAPALCA siempre ha tenido voluntad de reconocer los retiros que por potencia y energía se realizaron en el periodo mayo 2006 a febrero 2009, pero no reconoce que los referidos retiros se hayan producido sin respaldo contractual, sino por el contrario sobre la base de los contratos suscritos con ENERSUR y con ELECTROPERÚ.

2.2.3. Posición de ELECTROPERÚ sobre la excepción de prescripción deducida por CASAPALCA:

- A decir de ELECTROPERÚ, esta excepción es improcedente por cuanto la facultad de declarar la prescripción es exclusiva de los jueces y no de la autoridad administrativa según lo establece el artículo 1992° del CC, "[e]l juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada". (Subrayado del reclamante).
- De otro lado, señala que esta excepción es infundada en tanto, la materia de reclamación no es el pago de una indemnización, sino el pago de una acreencia que le ha sido asignada, en su calidad de generador integrante del COES, respecto de un retiro sin el respectivo respaldo contractual por parte de CASAPALCA.
- Añade que en todo caso, el plazo de prescripción aplicable corresponde a la de una acción personal, es decir, diez (10) años, al aplicarse la norma general contenida en el inciso 1 del artículo 2001° del CC.

706
Setecientos
Seis

3. Determinación de la materia controvertida

Petitorio de ELECTROPERÚ

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ordene a CASAPALCA el pago de S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84 incluyendo el IGV) a ELECTROPERÚ por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a ELECTROPERÚ en las valorizaciones mensuales efectuadas por transferencias de potencia y energía activa entre generadores, correspondientes al periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009, más los intereses correspondientes, así como las costas y los costos.

Petitorio de CASAPALCA

Que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, se declare incompetente para conocer y resolver el presente caso; de no hacerlo, declare la prescripción de la pretensión de ELECTROPERÚ; y en caso tampoco proceda; se declare infundada en todos sus extremos la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.

Materia Controvertida

En la Audiencia Única llevada a cabo los días 29 de febrero de 2012 y 06 de marzo de 2012, las partes a pesar de ser instadas por el Presidente para conciliar, no llegaron a un acuerdo por lo que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estableció como materia controvertida⁵ lo siguiente:

1. Determinar si los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN son competentes para conocer y resolver la presente controversia.
2. En el supuesto que se haya declarado infundada la excepción de incompetencia, determinar si ha prescrito la acción de la reclamante respecto de los derechos que solicita.
3. En el supuesto que se hayan declarado infundadas las excepciones indicadas anteriormente, determinar si los retiros de energía y potencia realizados por CASAPALCA y asignados a ELECTROPERÚ por el COES corresponde sean asumidos por la reclamada.
4. Si corresponde a la reclamada pagar por concepto de retiros de energía y potencia durante el periodo mayo 2006 a febrero de 2009 las valorizaciones efectuada por el COES.

4. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

4.1. Sobre la Excepción de Prescripción Extintiva:

La excepción de incompetencia deducida por CASAPALCA fue resuelta mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2012-OS/CC-66, de fecha 13 de abril de 2012, declarándose infundada; por lo cual corresponde, analizar y resolver la excepción de prescripción extintiva planteada por CASAPALCA.

Al respecto, CASAPALCA deduce la excepción de prescripción extintiva al considerar que lo solicitado por ELECTROPERÚ constituye un resarcimiento

⁵ En la sesión del día 29 de febrero de 2012.

(indemnización) por los perjuicios generados por las asignaciones de dichos "retiros sin contrato" efectuados por CASAPALCA y, por tanto, de acuerdo con lo que establece el numeral 4) del artículo 2001º del CC esta acción prescribe a los dos (2) años.

En este sentido, es preciso determinar si lo que reclama ELECTROPERÚ es una indemnización derivada de una relación de carácter extracontractual y civil, como sostiene CASAPALCA; o se trata más bien de un derecho nacido de una relación de naturaleza distinta.

Al respecto, tal como se analizó en la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nº 005-2012-OS/CC-66, el mercado de energía eléctrica es un mercado especial y diferente al de otros bienes y servicios, en tanto i) necesita balance instantáneo entre oferta y demanda, ii) tiene muy limitada y onerosa capacidad de almacenamiento, iii) no tiene sustitutos en el corto plazo, iv) la discontinuidad del suministro tienen un muy alto valor y en ciertos casos resultan intolerables; y v) la demanda eléctrica resulta inelástica en el corto plazo.

En este contexto, es inevitable que se produzcan desbalances entre la producción del generador y la demanda del cliente, por cuanto éstos difícilmente coinciden con lo pactado en los contratos de suministro de electricidad; por esta razón se ve la necesidad de transar dichos desbalances en un Mercado de Corto Plazo⁶, en adelante MCP, conocido también como Mercado Spot que actúa además como complemento y requisito para el funcionamiento del mercado bilateral de energía eléctrica.

Este MCP es administrado por el COES a través de una operación centralizada y se rige, para el cumplimiento de su fin, por reglas y mecanismos de operación -definidos en la LCE y su Reglamento, la Ley Nº 28832 y en las normas modificatorias y complementarias- mediante los cuales se efectúan transacciones comerciales en el mismo momento en que la energía es tomada por el adquirente, sin necesidad de contratos ni plazos establecidos entre las partes.

Estas transacciones están sujetas a regulación de precios⁷, la que determina que el monto (precio) de éstas corresponde al Costo Marginal de Corto Plazo⁸ y al periodo de liquidación del mercado realizada por el COES cada 15 minutos. En este sentido, encontramos al Procedimiento Técnico Nº 10⁹, por el cual el COES puede asignar el Saldo Resultante que se obtenga en el MCP entre los

⁶ "Artículo 1º de la Ley Nº 28832: Mercado de Corto Plazo en el cual se realizan las transferencias de potencia y energía, determinadas por el COES".

⁷ "Artículo 43º: Estarán sujetos a regulación de precios:

a) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14º de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Esta regulación no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador.

b) Los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los Distribuidores y Usuarios Libres, los mismos que serán determinados de acuerdo a lo establecido en el artículo 14º de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. (...)" (Subrayado nuestro).

⁸ Numeral 5 del Anexo de Definiciones de la LCE: "COSTO MARGINAL DE CORTO PLAZO: Costo de producir una unidad adicional de electricidad en cualquier barra del sistema de generación-transporte. Éste varía por barra o nodo".

⁹ Los Procedimientos Técnicos relativos a la valorización de las transferencias del MCP se basan en lo dispuesto en los artículos 107º y 108º del Reglamento de la LCE.

generadores integrantes, prorateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectuó la valorización.

Asimismo, el cumplimiento de la normativa sectorial es garantizado por el OSINERGMIN¹⁰, organismo encargado de supervisar y fiscalizar el funcionamiento de este MCP, incluyendo el cumplimiento de las disposiciones del COES¹¹, según lo anteriormente indicado.

Según lo expuesto, se advierte que en este mercado se realizan retiros administrados y supervisados por los órganos competentes que señalan las normas especiales del sector eléctrico.

De lo expuesto se colige que la reclamación de ELECTROPERÚ no constituye una pretensión indemnizatoria basada en una responsabilidad extracontractual del ámbito civil, sino que se trata más bien de una acreencia por la prestación de un servicio por parte de un generador (suministro de electricidad) en el MCP, administrado por el COES -que en ejercicio de las funciones que le otorga¹² la Ley N° 28832 determina el monto de dichas acreencias- y, supervisado y fiscalizado por el OSINERGMIN.

El pago por las Transferencias de Energía en el MCP administrado por el COES es una figura regulada del sector eléctrico, cuyo objetivo, a diferencia de la indemnización, no es la reparación por un daño producido¹³, sino contrarrestar los desbalances que se producen en el mercado eléctrico por los ingresos y retiros de energía y potencia producidos en el MCP, a fin de garantizar su estabilidad y eficiencia.

Por otro lado, la prescripción es una institución jurídica que se sustenta en el principio de seguridad jurídica, en virtud de la cual "si el titular de un derecho durante considerable tiempo transcurrido no hace efectiva su pretensión ejercitando la acción correspondiente para que el órgano jurisdiccional lo declare y lo haga efectivo, la ley no debe ya franquearle la posibilidad de su ejercicio"¹⁴.

Por lo expuesto, al no tener la reclamación de ELECTROPERÚ el carácter indemnizatorio por responsabilidad extracontractual propio del derecho civil, no

¹⁰ Cfr. Artículo 1° de la LCE, la cual dispone que tanto el Ministerio de Energía y Minas como el OSINERGMIN son los encargados de velar por el cumplimiento de la LCE, quienes además podrán delegar en parte las funciones conferidas.

¹¹ La Ley N° 28832, en su inciso g) del artículo 14°, establece como funciones del COES "el [d]eterminar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES, en concordancia con el artículo 107° del Reglamento de la LCE".

¹² Cfr. Artículo 12° de la Ley N° 28832: "Naturaleza del COES"

12.1 El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo.

12.2 El COES es una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público. Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes".

¹³ Cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo II, PUCP, Lima, 2005, p. 465.

¹⁴ TRIGO REPRESAS, Félix. "Unificación de la Responsabilidad Por Daños" en VV AA *Derecho de Daños*, La Rocca, Buenos Aires, 2000, p. 86.

le es aplicable el plazo prescriptivo de dos (2) años contenido en el numeral 4) del artículo 2001° del CC.

No obstante, en tanto las normas del sector eléctrico no determinan un plazo prescriptivo para solicitar este pago, en virtud del principio de supletoriedad¹⁵, se debe aplicar el plazo prescriptivo dispuesto por el numeral 1) del artículo 2001° del CC -diez (10) años-.

De este modo, considerando que la reclamación de ELECTROPERÚ comprende el periodo de mayo 2006 a febrero de 2009; de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2002° y numeral 1) del 2001° del CC, la acción de ELECTROPERÚ vence a partir del año 2016, de manera tal que el plazo prescriptivo aún no ha vencido, por lo que corresponde declarar infundada la excepción de prescripción extintiva deducida por CASAPALCA.

4.2. Sobre la reclamación:

4.2.1. Sobre los retiros de energía y potencia realizados por CASAPALCA y asignados a ELECTROPERÚ por el COES:

Mercado de energía eléctrica:

Tal como hemos señalado en el numeral anterior de la presente resolución, el mercado de energía eléctrica es un mercado especial y diferente al de otros bienes y servicios, con características propias, en el cual es inevitable que existan diferencias entre las cantidades de energía contratadas previamente por las partes (contratos bilaterales entre generador y cliente) y los valores que realmente se obtienen en la producción del generador y la demanda del cliente, los cuales difícilmente coinciden con las cantidades pactadas (que pueden ser mayores o menores).

Esta situación pone en mayor riesgo la eficiencia y continuidad del mercado cuando los clientes requieren más energía y potencia que la inicialmente contratada con los generadores pues, por las características del mercado antes señaladas, estas demandas no se pueden dejar de atender; y porque también se busca asegurar el pago al generador por los retiros efectuados por estos clientes.

Por estas razones, con el fin de garantizar un correcto y continuo suministro de electricidad, se vio la necesidad de transar los desbalances antes mencionados en el MCP mediante reglas y mecanismos de operación -definidos en la LCE y su Reglamento, la Ley N° 28832 y en las normas modificatorias y complementarias- a través de los cuales se efectúan transacciones comerciales en el mismo momento en que la energía es tomada por el adquirente, sin necesidad de contratos ni plazos establecidos entre las partes.

En este contexto de ausencia de contratos y plazos, las transacciones efectuadas en el MCP no podrían estar exentas de regulación; mucho menos de regulación de precios, tal como lo señala el literal b) del artículo 43°¹⁶ de la

¹⁵ Título Preliminar del CC: "Artículo IX: *Aplicación supletoria del Código Civil*
Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

¹⁶ Cfr. Pie de página número 7.

702
Setecientos
dos

LCE al establecer que los retiros de potencia y energía efectuados en el COES por los usuarios libres están sujetos a regulación de precios.

De este modo, el precio de las transacciones corresponde al Costo Marginal de Corto Plazo y al período de liquidación del mercado, que se efectúa cada 15 minutos. Esta frecuente periodicidad en la determinación de los precios regulados en cada barra del sistema interconectado (96 veces en cada día, en más de 80 barras del sistema interconectado) lleva a que las normas del sector encarguen la mencionada actividad regulatoria a la Dirección de Operaciones del COES¹⁷.

Cabe reiterar que el COES administra el MCP siguiendo lo dispuesto en las normas o procedimientos aprobados por las autoridades competentes del sector. Asimismo, los Procedimientos Técnicos relativos a la valorización de las transferencias del MCP se basan en lo dispuesto en los artículos 107° y 108° del Reglamento de la LCE¹⁸. Entre éstos encontramos al Procedimiento N° 10, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME.

Sobre el Procedimiento Técnico N° 10 y revalorizaciones efectuadas por el COES

El laudo arbitral de derecho, de fecha 07 de enero de 2010, declaró que el Contrato de Suministro de Electricidad celebrado por CASAPALCA y ENERSUR -por el cual ENERSUR se comprometía a suministrar electricidad hasta 4.5 MW- fue debidamente resuelto de pleno derecho por ENERSUR desde mayo de 2006. A partir de ello, los retiros efectuados por CASAPALCA desde la fecha de resolución fueron revalorizados y asignados por el COES a diversas empresas generadoras, entre ellas ELECTROPERÚ; empresa generadora con la que CASAPALCA también tenía un contrato de suministro de electricidad vigente, por el que ELECTROPERÚ debía atender las demandas de energía y potencia de CASAPALCA que excedieran los 4.5 MW.

Respecto del caso, cabe resaltar que antes que se declarara la resolución del contrato de CASAPALCA con ENERSUR, el COES, como administrador del MCP, al realizar las revalorizaciones respectivas y las asignaciones de los

¹⁷ Cfr. Artículo 91° del Reglamento de la LCE, derogado por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 027-2008-EM, publicado el 03 mayo 2008, que aprueba Reglamento del Comité de Operación Económica del Sistema (COES).

¹⁸ El Reglamento de la LCE regula el pago de las transferencias del MCP en los siguientes artículos:

"Artículo 107°: La valorización de las transferencias de energía entre los generadores integrantes, por la operación económica del sistema y que no comprende los contratos previamente establecidos, será efectuada y registrada por el COES en forma mensual, de acuerdo al siguiente procedimiento:

- a) Se efectuará la medición y/o los cálculos para determinar las entregas y retiros de energía de cada integrante;
- b) La energía entregada y retirada por cada integrante será valorizada multiplicándola por el Costo Marginal de Corto Plazo correspondiente; y,
- c) Para cada integrante, se sumarán algebraicamente todas las entregas y retiros valorizados ocurridos en el sistema durante el mes. Las entregas se considerarán con signo positivo y los retiros con signo negativo.

El valor resultante, sea positivo o negativo, constituirá el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante".

"Artículo 108°: Cada integrante que obtenga un saldo neto mensual negativo pagará dicha cantidad, dentro de los siete (7) días calendario del mes siguiente a todos los integrantes que tengan saldo positivo, en la proporción en que cada uno de éstos participe en el saldo positivo total del mes. Adicionalmente, el COES determinará las transferencias de energía reactiva los correspondientes pagos entre integrantes, según los procedimientos que estipule el Estatuto sobre la materia, considerando criterios de equidad por inversión en equipos de compensación reactiva".

retiros efectuados por CASAPALCA en la barra ANTUQUITO 50, también tomó en cuenta las estipulaciones de los Contratos de Suministro y las Adenda suscritos por las empresas generadoras ENERSUR y ELECTROPERÚ con CASAPALCA¹⁹, respectivamente.

En este sentido, los compromisos que el COES consideró atribuibles contractualmente a ELECTROPERÚ por retiros de CASAPALCA se registraron bajo el código R868ELP, los cuales nunca fueron objetadas por las empresas ENERSUR, ELECTROPERÚ ni CASAPALCA durante el período mayo 2006 a febrero 2009; por lo cual este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considera que estas asignaciones fueron las correctas y no cabe pronunciamiento al respecto.

El tema en discusión se circunscribe por lo tanto, a las asignaciones de los retiros de CASAPALCA, que inicialmente el COES asignó a ENERSUR; y que luego, al considerarse arbitrariamente²⁰ resuelto el contrato suscrito entre ENERSUR y CASAPALCA, el COES pasó a registrar bajo el Código R869SCL con la descripción de "Retiros Sin Contrato de la Cía. Minera Casapalca S.A.". Dichos retiros produjeron un Saldo Resultante que hizo que la sumatoria de inyecciones o entregas a la barra ANTUQUITO 50 no resultase igual a la sumatoria de los retiros contractuales en esta barra.

El COES aplicó el Procedimiento Técnico N° 10, sobre Valorización de las Transferencias de Energía Activa entre Generadores Integrantes del COES - entendiendo como "generador integrante" al generador cuyas instalaciones forman parte del SEIN que cumplen con los requisitos para integrar el COES²¹.

Este procedimiento busca determinar las transferencias reales de energía y potencia de cada generador a fin de valorizar los excesos de energía y potencia transferida por los generadores (más allá de las cantidades pactadas).

Para este fin, cada generador debe presentar al COES la información de sus entregas y de los retiros de sus clientes provenientes de los medidores ubicados en las barras de transferencia²².

¹⁹ ENERSUR se había comprometido a suministrar energía y potencia a CASAPALCA de hasta 4.5 MW; asimismo, los retiros que estuvieran por encima de 4.5 MW estarían a cargo de ELECTROPERÚ. (Cfr. Numeral 1.4 del contrato de suministro de electricidad suscrito entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ).

²⁰ Laudo arbitral de derecho de fecha 07 de enero de 2010, cuya anulación en vía judicial planteara CASAPALCA y que fuera declarada Infundada con Resolución N° 18 de fecha 04 de octubre de 2010 de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima.

²¹ Cfr. Numeral 6.1 del Procedimiento N° 10 sobre Valorización de las Transferencias de Energía Activa entre Generadores Integrantes del COES:

"Generador Integrante"

Es el generador cuyas instalaciones forman parte del Sistema Interconectado Nacional (SINAC) y que cumple con los requisitos establecidos en los dispositivos legales vigentes para integrar el COES".

²² Ibidem, numeral 8.3:

"(...)

Cada generador integrante del COES presentará la información de sus Entregas y Retiros provenientes de medidores ubicados en las barras de transferencia, para períodos de 15 minutos.

En los casos de excesos de consumo de energía activa con relación a los compromisos pactados, estos corresponderán a retiros del generador que lo abastece, y de haber dos o más generadores que abastecen simultáneamente un mismo consumo, dichos excesos de consumo serán repartidos entre ellos proporcionalmente a sus compromisos contractuales.

Cuando la información de los medidores no es suficiente para cubrir el período indicado en el numeral 7.3 o ésta es registrada en niveles de tensión menores a los de la Barra de Transferencia, se deberán utilizar los factores de pérdidas de transformación y transmisión acordados por los generadores involucrados o aquellos de la fijación tarifaria vigente. El objetivo es que las mediciones se lleven a la barra y al nivel de

700
Setecientos

Según este procedimiento, lo que resulta de la sumatoria de las valorizaciones de las entregas de cada generador (de su producción) menos la sumatoria de las valorizaciones de los retiros de sus clientes es un Saldo de Transferencias (se da por los excedentes de su producción no retirados por sus clientes). Asimismo, la suma de los Saldos de Transferencias de todos los generadores constituye un Saldo Resultante. Éste se asigna a cada generador integrante a prorrata de sus ingresos por potencia del mes respectivo.

En este sentido, este procedimiento solo toma en cuenta generadores, en tanto son los únicos que pueden producir energía para cubrir los Saldos Resultantes que se puedan dar, los cuáles generalmente ocurren por pérdidas en la transmisión eléctrica que, al no ser asignables al transmisor eléctrico, terminan socializándose solo entre los generadores en función a la potencia firme comercializada, como venimos indicando.

De este modo, tomando en cuenta los hechos suscitados, tenemos que el numeral 9.1²³ del Procedimiento Técnico N° 10 dispone que en cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión (v.gr. Barra Antuquito 50 kV) solo deben existir Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados. Sin embargo, al declararse por decisión arbitral resuelto el Contrato de CASAPALCA con ENERSUR desde mayo de 2006, se obtuvieron los retiros de CASAPALCA signados por el COES con el código R869SCL.

Por tanto, al ya no poder imputarlo a favor de ENERSUR, se consideró atendido por los generadores que, en dicho periodo, tuvieron la capacidad de hacerlo, entre ellos ELECTROPERÚ, conforme el numeral 9.4 del Procedimiento Técnico N°10.

tensión más alto, esto es a la barra de transferencia, de acuerdo a lo señalado en el artículo 114° del Reglamento. El detalle del cálculo efectuado deberá alcanzarse al COES.

(...)"

²³ Ibidem, numerales 9.1; 9.2; 9.3; y 9.4:

"9.1 En cada Barra de Transferencia se debe cumplir que la sumatoria de Entregas debe ser igual a la sumatoria de Retiros. En cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión solo existirán Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados.

Al efectuarse el balance de energía en cada Barra de Transferencia del Sistema Principal de Transmisión, el error admisible no deberá ser mayor de 2% del Retiro (si el error es negativo) o de la Entrega (si el error es positivo) del Transmisor. Si la diferencia del balance es igual o menor que el error admisible, dicha diferencia se cerrará con la Entrega o Retiro del Transmisor según dicho error sea positivo o negativo respectivamente.

Si la diferencia del balance es superior al error admisible, deberán verificarse los perfiles de las Entregas y Retiros en dicha barra. Si después de dicha verificación persistiera el error, la División de Evaluación y Estadística cerrará el balance provisionalmente, para efectos de la transferencia de energía, con el Retiro o Entrega del Transmisor según sea el caso, debiendo revisar en detalle toda la medición que lleve a dar solución al problema dentro de los 15 días siguientes de aprobada la valorización.

De considerarlo necesario el COES requerirá que los propietarios de la medición efectúen, bajo su supervisión, el contraste de los medidores y/o la correcta sincronización de sus relojes. El resultado de dicho análisis y el ajuste a que de lugar, se incluirán en la siguiente valorización.

9.2. Las Entregas y Retiros de cada generador integrante serán valorizadas al Costo Marginal de Corto Plazo de la Barra de Transferencia correspondiente.

9.3. Para cada generador integrante se determina su Saldo de Transferencias que resulta de la sumatoria de las valorizaciones de sus Entregas menos la sumatoria de las valorizaciones de sus Retiros.

La sumatoria de los Saldos de Transferencias en el Sistema Principal de Transmisión de los generadores integrantes constituirá el Saldo Resultante.

9.4. El Saldo Resultante será asignado a cada generador integrante, prorrateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectúa la valorización

(...)"

Por lo expuesto, se colige que, aún con la resolución del contrato celebrado por CASAPALCA y ENERSUR, los despachos se produjeron efectivamente atendiendo la demanda de CASAPALCA, por lo cual resulta procedente requerir a dicha empresa que asuma el pago respectivo. En este sentido, el COES, aplicando el numeral 9.4 del Procedimiento Técnico N° 10, asignó el Saldo Resultante en cuestión entre los generadores integrantes, prorrateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectuó la respectiva revalorización.

En consideración al análisis expuesto en los considerandos que anteceden, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc concluye que las asignaciones efectuadas por el COES fueron las correctas; no habiéndose implementado algún procedimiento especial.

Sobre el cumplimiento del pago

Tenemos un generador excedentario que garantiza la atención de la demanda de energía del cliente de un generador deficitario, quien luego deberá pagarle por dichos retiros, a fin de salvaguardar la cadena de pagos y el funcionamiento del mercado eléctrico.

En este punto, cabe señalar que por medio de las cartas Nos. COES/D-1471-2009, de fecha 11 de setiembre de 2009; COES/D/DO-074-2010, de fecha 27 de enero de 2010; COES/D-1470-2009, de fecha 11 de setiembre de 2009; y COES/D/DO-1727-2009, de fecha 23 de octubre de 2009; el COES informó a las generadoras y transmisoras integrantes sobre las revalorizaciones realizadas.

Asimismo, ELECTROPERÚ por medio de la carta N° C-1374-2011, de fecha 07 de octubre de 2011, remitió a CASAPALCA la factura N° 005-12474 con el monto resultante de las valorizaciones que el COES le asignó en los meses de mayo 2006 a febrero 2009.

Cabe indicar, que pese a que las partes contaban con los canales impugnatorios para cuestionar las revalorizaciones efectuadas²⁴, ninguna de las partes hizo ejercicio de este derecho en los plazos señalados por la normativa, por lo cual se debe entender que aceptaron tácitamente su contenido haciéndolas suyas.

El mismo criterio considerado por este colegiado, llevó a CASAPALCA a reconocer el pago a un grupo de empresas generadoras integrantes del COES

²⁴ Cfr. con artículo 36° del Reglamento del COES: "Normas Generales

36.1 Cualquier Agente tiene derecho a ejercer por una sola vez en cada procedimiento los recursos impugnativos. El Estatuto establece las condiciones, forma, plazos y costos involucrados para la tramitación y solución de las impugnaciones y de los arbitrajes.

36.2 Cualquier Agente puede impugnar vía reconsideración las decisiones de la Dirección Ejecutiva o bien interponer directamente un recurso de apelación ante el Directorio.

36.3 Las decisiones del Directorio emitidas en primera instancia, pueden ser impugnadas en vía de reconsideración y/o mediante un procedimiento arbitral. Para iniciar el procedimiento arbitral contra una decisión del Directorio, no es requisito la impugnación previa ante el Directorio.

36.4 Las decisiones emitidas por la Asamblea podrán ser impugnadas por cualquier Agente a través de un procedimiento arbitral, en los términos establecidos en el Estatuto.

36.5 La formulación de una impugnación no conllevará la suspensión de la ejecución de la decisión cuestionada, a menos que el órgano encargado de resolver la impugnación decida suspender su ejecución. En este último caso, la solicitud de suspensión deberá ser acompañada de la presentación de una garantía en la forma y condiciones que establezca el Estatuto".

698
Seiscientos
noventa y nueve

Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc
OSINERGMIN
N° 006-2012-OS/CC-66

por las asignaciones de retiros de energía y potencia que éste efectuó a favor de éstas en el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009. En tal sentido, suscribió los siguientes acuerdos privados: Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A., Empresa de Generación Eléctrica de Machupicchu S.A., Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A., Kallpa Generación S.A., Termoselva S.R.L., Edegel S.A.A., Duke Energy Egenor S. en C. por A., Sociedad Minera Corona S.A., SN Power Perú S.A., y Empresa Eléctrica de Piura S.A.²⁵ Es de destacar que CASAPALCA pagó a estas empresas por los retiros mencionados sobre la base de las valorizaciones efectuadas por el COES; lo cual no sucedió con ELECTROPERÚ.

Las normas del sector vienen garantizando dichos pagos entre los agentes, conforme se desprende del inciso e) del artículo 41° de la LCE (vigente hasta el 23 de julio del 2006) que señalaba que dentro de las funciones básicas del COES, estaban:

"(...)

e) Garantizar a sus integrantes la compra o venta de energía, cuando por necesidades de operación económica del sistema, se requiera la paralización o el funcionamiento de sus unidades fuera de la programación. Estas transacciones se efectuarán a costos marginales de corto plazo del sistema; (...)"

Asimismo, el vigente Reglamento de la LCE, señala:

"Artículo 107°. La valorización de las transferencias de energía entre los generadores integrantes, por la operación económica del sistema y que no comprende los contratos previamente establecidos, será efectuada y registrada por el COES en forma mensual, de acuerdo al siguiente procedimiento:

- a) Se efectuará la medición y/o los cálculos para determinar las entregas y retiros de energía de cada integrante;
- b) La energía entregada y retirada por cada integrante será valorizada multiplicándola por el Costo Marginal de Corto Plazo correspondiente; y,
- c) Para cada integrante, se sumarán algebraicamente todas las entregas y retiros valorizados ocurridos en el sistema durante el mes. Las entregas se considerarán con signo positivo y los retiros con signo negativo.

El valor resultante, sea positivo o negativo, constituirá el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante."

"Artículo 108°. Cada integrante que obtenga un saldo neto mensual negativo pagará dicha cantidad, dentro de los siete (7) días calendario del mes siguiente a todos los integrantes que tengan saldo positivo, en la proporción en que cada uno de éstos participe en el saldo positivo total del mes. (...)"

Además, las resoluciones del COES son de aplicación y cumplimiento obligatorio por todos los agentes del sistema, en conformidad con lo dispuesto en el numeral 6.1²⁶ del artículo 6° y en el artículo 4°²⁷ del Reglamento del

²⁵ Copia de estos convenios obran en el Expediente a folios 534 a 614.

²⁶ "Artículo 6°: Aplicación y modificación de Procedimientos

COES, aprobado por Decreto Supremo Nº 027-2008-EM; y son impugnables por cualquiera de los agentes del SEIN, sean o no integrantes registrados, según lo establece también el artículo 4º del Reglamento del COES.

Asimismo, el artículo 101²⁸ de la LCE señala que es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES²⁹.

Por otro lado, el inciso c) del artículo 201³⁰ del Reglamento de la LCE, establece como incumplimiento para el usuario libre el "[n]o efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES". Cabe señalar que las valorizaciones permiten que los integrantes, entre ellos los usuarios libres, procedan al pago por el retiro de potencia y energía.

Por todo lo expuesto, a criterio del Cuerpo Colegiado los retiros de energía y potencia realizados por CASAPALCA y asignados a ELECTROPERÚ por el COES, corresponde sean asumidos por la reclamada.

6.1. Los Procedimientos aprobados por OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los Agentes.

(...)"

²⁷ "Artículo 4º: Autoridad

Las decisiones que emitan la Dirección Ejecutiva y el Directorio del COES en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen carácter obligatorio para todos los Agentes. Las normas contenidas en el Título VI son de aplicación para resolver las impugnaciones de todos los Agentes sean Integrantes Registrados o no".

²⁸ "Artículo 101º: Es materia de fiscalización por parte del OSINERG:

a) El cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios establecidos en la presente Ley, el Reglamento y el respectivo contrato de concesión;

b) Los demás aspectos que se relacionen con la prestación del Servicio Público de Electricidad;

c) El cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES.

d) El cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley;

El Reglamento fijará los procedimientos y normas de fiscalización."

²⁹ En ese sentido, la Ley Nº 28832, en su inciso g) del artículo 14º, establece como funciones del COES "el [d]eterminar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES, en concordancia con el artículo 107²⁹ del Reglamento de la LCE".

³⁰ "Artículo 201.- El OSINERG sancionará a los concesionarios y entidades que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica, y/o clientes libres, así como al COES cuando incumpla sus obligaciones previstas en la Ley, el Reglamento o las normas técnicas, con multas equivalentes al importe de 100 000 a 2 000 000 kilovatios-hora, en los siguientes casos, según corresponda:

(...)

c) Por incumplimiento de sus obligaciones como integrante de un sistema interconectado, referidas a:

I) La entrega de la información a que están obligados dentro de los plazos establecidos, o la entrega de la misma en forma falseada;

II) Operar sus unidades generadoras y sistemas de transmisión sin sujeción a lo dispuesto por el Coordinador de la Operación del Sistema.

III) Efectuar el mantenimiento mayor de unidades generadoras y equipos de transmisión, sin sujeción al programa definitivo o no hubiere acatado las instrucciones impartidas para el efecto por el Coordinador de la Operación del Sistema.

IV) El incumplimiento de cualquier otra disposición vinculada a la operación que emita el COES y/o el Coordinador de la Operación del Sistema.

V) No efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES.

(...)"

4.2.2. Sobre el pago por concepto de retiros de energía y potencia durante el periodo mayo 2006 a febrero de 2009 según las valorizaciones efectuada por el COES:

Sobre la base del análisis realizado en el numeral anterior y considerando que las valorizaciones efectuadas por el COES resultan de la multiplicación de los montos de energía y potencia retirados, por los respectivos costos marginales determinados por el COES -costos sobre los cuales no existe divergencia entre las partes- este colegiado concluye que sí corresponde que la reclamada pague por concepto de retiros de energía y potencia durante el periodo mayo 2006 a febrero de 2009, las valorizaciones efectuada por el COES.

4.3. Sobre los intereses

Conforme se establece en el artículo 161º del Reglamento de la LCE^[1], las empresas dedicadas a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, están autorizadas a cobrar por sus acreencias, la tasa de interés compensatorio y el recargo por mora establecidos en el artículo 176º del mismo cuerpo normativo.

Asimismo, el artículo 176º del Reglamento de la LCE establece que el inicio del cómputo de los intereses compensatorios será aplicable desde la fecha de vencimiento del comprobante de pago hasta su cancelación y que a partir del décimo día se aplicará, en adición a dicho interés, un recargo por mora equivalente al 15% de la tasa del referido interés compensatorio hasta que la obligación sea cancelada.

De este modo, a partir de lo señalado en los párrafos precedentes, se deben computar los intereses desde el momento en el cual ELECTROPERÚ solicita el pago a CASAPALCA, es decir, desde el momento en que ésta es intimada al pago, lo cual sucedió con la Carta Nº C-1374-2011, recibida el 10 de octubre de 2011, a la cual se adjuntó la Factura Nº 005-12474, en los términos que señala la norma.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc encuentra procedente lo solicitado por ELECTROPERÚ respecto del pago de intereses que debe abonar CASAPALCA a partir de la oportunidad señalada en el considerando anterior conforme lo dispone el artículo 176º del Reglamento de la LCE.

4.4. Sobre costas y costos

ELECTROPERÚ solicita al Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se sirva determinar el pago de costas y costos generados por la tramitación del presente procedimiento.

Al respecto, el numeral 47.2 del artículo 47º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG, establece que "[n]o existe condena de costas en ningún procedimiento administrativo" por lo que debe declararse infundado el pedido de pago de éstas.

^[1] "Artículo 161º.- Las entidades dedicadas a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, están autorizadas a cobrar por sus acreencias, la tasa de interés compensatorio y el recargo por mora establecidos en el artículo 176º del Reglamento".

Sobre los costos -honorarios del abogado de la parte vencedora³¹-, es de destacar que el hecho que la LPAG no contemple la condena de costos, no significa que la permita.

El régimen administrativo tiene como objetivo hacer lo menos gravoso posible la participación del administrado, por ello la LPAG contiene disposiciones que establecen qué conceptos debe pagar -Capítulo I del Título II- y qué requisitos deben cumplir para poder cobrarlos.

Congruentemente con este criterio, el artículo 47º de la LPAG reconoce sólo como conceptos a ser reembolsados los gastos administrativos. La omisión de mencionar los costos es una consideración expresa de no reconocerlos en el derecho administrativo; por lo cual corresponden declarar infundado este extremo.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley Nº 27332; el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM; el Reglamento de OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN Nº 0826-2002-OS/CD y modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS/CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD y 752-2007-OS/CD y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Declarar infundada la Excepción de Prescripción Extintiva deducida por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. por los argumentos expuestos en el numeral 4.1 de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2º.- Declarar fundada la solicitud de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. respecto del pago reclamado a COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. por S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84 incluyendo IGV), por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.

ARTÍCULO 3º.- Declarar fundada la solicitud de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. respecto del pago de intereses y declarar que COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., debe pagar por este concepto a la EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A., conforme se señala en el numeral 4.3 de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 4º.- Declarar infundada la solicitud del pago de costas y costos de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. por las razones expuestas en el numeral 4.4 de la parte considerativa de la presente resolución.

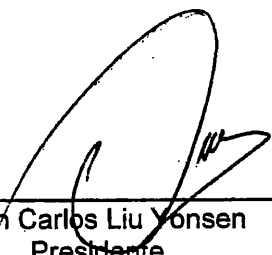
ARTÍCULO 5º.- Declarar el fin de la primera instancia. Asimismo señalar que, según el artículo 227º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, contra esta resolución sólo procede la interposición del recurso de apelación, el cual deberá

³¹ Definido en el artículo 411º del Código Procesal Civil.

694
Seiscientos
noventa y cuatro

Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc
OSINERGMIN
N° 006-2012-OS/CC-66

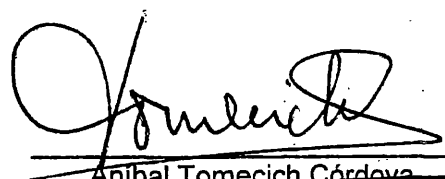
ser presentado ante el órgano que dictó la resolución apelada dentro de los quince (15) días de producida la notificación respectiva.



Juan Carlos Liu Yonsen
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc



Víctor Alberto Del Carpio Bacigalupo
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc



Aníbal Tomecich Córdova
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

ANEXO 7:
Escrito de apelación de
CASAPALCA.



747
Setecientos
cuarenta y siete

36	17 MAY 2012	DIOS	X
GFE		OR	
201200071922 3:07			
REGISTRO HORA			
LA RECEPCION DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD			

CC-66-2012

PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE
CONTROVERSIAS INICIADO POR
ELECTROPERU S.A. CONTRA
COMPAÑIA MINERA CASAPALCA
S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

**SEÑORES DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC DEL ORGANISMO
SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN.-**

COMPAÑIA MINERA CASAPALCA S.A., en el procedimiento de solución
de controversias iniciado por EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.
- ELECTROPERU (en adelante, ELP), a ustedes atentamente decimos:

Que, habiendo sido notificados el 25 de abril de 2012 con la
Resolución N° 006-2012-OS/CC-66 emitida por el Cuerpo Colegiado Ad
Hoc del Osinergmin (en adelante CC), interponemos recurso de
apelación contra dicha resolución en base a los siguientes
fundamentos de hecho y derecho:

I. CUESTIONES A TENER EN CUENTA

Que, mediante el presente recurso de apelación, impugnamos
tanto la **Resolución N° 006-2012-OS/CC-66** mediante la cual se ha
puesto fin al procedimiento administrativo ante el Cuerpo
Colegiado, así como la **Resolución N° 005-2012-OS/CC-66** que
resolvió la excepción de incompetencia formulada por nuestra
parte.

Impugnamos la Resolución N° 005-2012-OS/CC-66 en virtud a lo
expresamente dispuesto por el Cuerpo Colegiado en la parte
resolutiva de dicha Resolución:

"ARTÍCULO 3°.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el
numeral 206.2° del artículo 206° de la Ley de
Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y el
artículo 47° del Reglamento de OSINERGMIN para la
Solución de Controversias aprobado por Resolución N°
0826-2002-OS/CD y sus normas modificatorias, que no
procede contra esta resolución la interposición de recurso
de apelación, por lo que **toda posible contradicción podrá
alegarse por las partes para su consideración en el acto**



746
Setecientos
cuarenta y seis

que ponga fin al procedimiento y podrá impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo." (el resaltado es nuestro)

En consecuencia, en los siguientes numerales exponremos los argumentos mediante los cuales, el Tribunal debe disponer dejar sin efecto la Resolución N° 005-2012-OS/CC-66 en el extremo que declara infundada la excepción de incompetencia, así como dejar sin efecto la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66 en el extremo que declara infundada la excepción de prescripción y declara fundada la solicitud de ELECTROPERÚ respecto al pago de S/. 4'571,296.50 y sus intereses.

Sobre el particular, debemos señalar que, no encontrándonos conformes con los resuelto por la referida Resolución N° 006-2012-OS/CC-66 (en adelante, la Resolución N° 006), debido a que ello no se encuentra arreglado a ley ni a derecho, y nos causa agravio, y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1°, 2°, 7°, 10°, 15°, 22°, 37°, 47°, 48°, 50° y 51° del Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo del OSINERG N° 0826-2002-OS-CD, y sus modificatorias (en adelante, el Reglamento), y por los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 10°, 11°, 12°, 13°, 206°, 207°, 209°, 211° y 217° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, la LPAG), dentro del plazo de quince (15) días hábiles correspondiente, interponemos **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la referida Resolución N° 006, y planteamos con el mismo la **NULIDAD** del referido acto administrativo, con el objeto que se eleven los actuados correspondientes al Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN, para que éste, conforme a ley y derecho, declare fundado el recurso de apelación interpuesto (con los efectos revocatorios correspondientes que ello supone), declare la nulidad de la Resolución N° 006, y resuelva declarando improcedente la reclamación de ELP, o en el extremo, declare infundada ésta.

Asimismo, tomando en consideración que: (i) mediante Resolución N° 005-2012-OS/CC-66 de fecha 13 de abril de 2012 expedida también por el CC que ustedes conforman (en adelante, la Resolución N° 005): a) se denegó la solicitud de nuestra empresa para que se suspenda el procedimiento administrativo, b) se declaró infundada la excepción de incompetencia formulada por nuestra empresa; (ii) mediante el



745
Selección
Carabinero

presente escrito precisamente nuestra empresa está interponiendo el respectivo recurso impugnativo contra el acto administrativo que ha puesto fin a la primera instancia del presente procedimiento administrativo; y (iii) nuestra empresa no sólo encuentra que la Resolución N° 005 no está arreglada a ley ni a derecho, sino que además le causa agravio; de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento y la LPAG, también dentro del plazo de quince (15) días hábiles correspondiente, interponemos **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la referida Resolución N° 005, y planteamos con el mismo la **NULIDAD** del referido acto administrativo, con el objeto que se eleven los actuados correspondientes al Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN, para que éste, conforme a ley y derecho, declare fundado el recurso de apelación interpuesto (con los efectos revocatorios correspondientes que ello supone), declare la nulidad de la Resolución N° 005, y resuelva declarando improcedente la reclamación presentada por ELP.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO DE APELACIÓN

A. ¿DE QUÉ TRATA EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?

hecho
El presente procedimiento tiene relación con la desbordada pretensión de ELP, consistente en que el OSINERGMIN, en mérito de su función de solución de controversias entre generadores y usuarios libres relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios o normativos (regulada por el Reglamento), ordene a nuestra empresa pagarle la suma de S/5'439,842.84 incluido IGV, más intereses, por concepto de los retiros de potencia y energía que fueron realizados por nuestra empresa del SEIN, sin respaldo contractual, entre mayo de 2006 y febrero de 2009, y que el COES valorizó y asignó a ELP.

hecho
De hecho, nuestra empresa en ningún momento ha negado la realización de los retiros de potencia y energía del SEIN antes referidos, ni que no impugnó las valorizaciones ni asignaciones del COES también antes aludidas. Lo primero, porque es un hecho que dichos retiros se produjeron, y lo segundo, porque nuestra empresa nunca fue notificada por el COES con dichas valorizaciones ni asignaciones hechas a favor de ELP por tal entidad en febrero de 2009, toda vez que, cuando se realizaron



744

Setecientos
cuarenta y cuatro

éstas en aquella oportunidad, nuestra empresa no era integrante registrado del COES, motivo por el cual la referida entidad no tenía por qué notificar a ésta con acto suyo alguno (nuestra empresa recién ha pasado a ser integrante registrado del COES a partir el 23 de mayo de 2011).

hoy
Sin embargo, lo anterior no determina que en el presente caso exista una controversia entre ELP y nuestra empresa relacionada con aspectos técnicos, regulatorios o normativos que deba ser resuelta por el OSINERGMIN. De hecho, no existen interpretaciones contrapuestas de dichas empresas sobre aspectos técnicos, ni regulatorios ni normativos que hagan que exista una controversia entre las mismas.

En efecto, si bien en el presente caso se advierte que se han verificado retiros de potencia y energía del SEIN por parte de nuestra empresa durante un periodo determinado, y que el COES asignó dichos retiros de nuestra empresa a ELP a un precio determinado; es claro que la única materia que podría actualmente estar en discusión entre las referidas empresas es de naturaleza civil y circunscrita a lo siguiente: existe un requerimiento de dar suma de dinero por parte de ELP a nuestra empresa y una negativa de nuestra empresa para atender dicho requerimiento.

Por ello es que el OSINERGMIN no tiene competencia para atender el petitorio de ELP. Es más, considerando precisamente a ello, y las normas jurídicas procesales civiles vigentes y aplicables, el OSINERGMIN debiera declarar la improcedencia del referido petitorio, sin entrar siquiera a analizar el fondo de asunto; siendo que la consecuencia directa de emitir un pronunciamiento sobre el fondo en este caso sería ineludiblemente la ineficacia por invalidez del mismo.

Adicionalmente, en la medida que, tal como ha sido señalado por ELP en el presente procedimiento administrativo, no existió relación contractual alguna entre dicha empresa y la nuestra que respaldara los retiros que nuestra empresa realizara del SEIN durante el periodo comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009; es claro que el requerimiento de dar suma de dinero que ELP ha hecho a nuestra empresa recién en octubre de 2011 (y que pretende ahora sea hecho por OSINERGMIN), se enmarca dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual.



Así las cosas, y en la medida que los reclamamos por responsabilidad civil extracontractual, según el ordenamiento civil vigente y aplicable, prescriben a los dos (2) años; en el hipotético y negado caso que OSINERGMIN tuviese competencia para atender el petitorio de ELP, tampoco podría avocarse a dicha atención, máxime si: (i) las últimas valorizaciones y asignaciones hechas por el COES en las que ELP sustentaría su requerimiento de dar suma de dinero hecho a nuestra empresa, según la información proporcionada por la misma ELP, fueron emitidas por el COES en febrero de 2009 (ello sin perjuicio, de las anteriores valorizaciones y asignaciones realizadas por el COES) ; y (ii) actualmente (e inclusive hasta antes de octubre de 2011, fecha en la que ELP, como hemos dicho, recién ha hecho su respectivo requerimiento de dar suma de dinero a nuestra empresa), se ha verificado el transcurso de más de dos (2) años desde que ELP conoció las valorizaciones y asignaciones hechas por el COES respecto de los retiros de potencia y energía sin contrato del SEIN como los efectuados por nuestra empresa durante el periodo comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009.

Al respecto, adicionalmente, no debe perderse de vista que: (i) la prescripción extintiva antes aludida ha causado que ELP pierda su derecho a accionar para cobrar a nuestra empresa en calidad de indemnización el monto pretendido; y (ii) si el órgano jurisdiccional competente para atender un pedido como el que ELP ha realizado al CC, es el juez civil, entonces el CC no puede pronunciarse respecto al reclamo de ELP, así como tampoco por la declaración de prescripción extintiva del derecho de acción de ELP.

Lamentablemente, y pese a los esfuerzos de nuestra empresa por explicar al CC lo anteriormente expuesto (a través de la formulación y desarrollo de las excepciones de incompetencia y prescripción extintiva respectivas), éste ha hecho caso omiso a ello, y ha resuelto el presente procedimiento administrativo en primera instancia acogiendo favorablemente el petitorio de ELP, y por tanto, insólitamente, ordenando a nuestra empresa pagar a dicha empresa la suma de S/5'439,842.84 incluido IGV, más intereses, por concepto de los retiros de potencia y energía que fueron realizados por nuestra empresa del SEIN, sin respaldo contractual, entre mayo de 2006 y febrero de 2009, y que el COES valorizó y asignó a ELP. Es decir, ordenando a nuestra empresa a dar una suma de dinero a ELP.



742
Setecientos
cuarentidos

Sin embargo, para el efecto, ha sido inevitable que el CC cometa una serie de irregularidades que se traducen en los vicios insubsanables de las resoluciones expedidas por éste en el presente procedimiento administrativo (la Resolución N° 005 y la Resolución N° 006) que hacen a las mismas nulas de pleno derecho, y que denunciamos y desarrollamos a continuación en el presente escrito.

B. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA: LOS VICIOS INSUBSANABLES DE LA RESOLUCIÓN N° 005 QUE ACARREAN SU NULIDAD DE PLENO DERECHO.

B.1. La contravención a lo dispuesto por el Código Procesal Civil, Decreto Legislativo N° 768, por parte de la Resolución N° 005

1. De conformidad con lo dispuesto por el inciso 6. del artículo 427° del Código Procesal Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 768 (de aplicación supletoria al presente procedimiento administrativo), el juez (entiéndase el CC) debe declarar la improcedencia de la demanda (entiéndase reclamación) cuando éste carezca de competencia.
2. En el presente caso, el CC no era competente para conocer la reclamación realizada por ELP. Ello, en tanto que, si bien el CC, de conformidad con el Reglamento, es competente para conocer controversias entre generadores y clientes libres (como nuestra empresa) relacionadas con materias técnicas, regulatorias y normativas (sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización de OSINERGMIN); en éste no se verifica controversia alguna entre ELP y nuestra empresa relativa a materia técnica ni regulatoria ni normativa.
3. En efecto, y tal como hemos señalado antes, en el presente caso no existen interpretaciones contrapuestas de dichas empresas sobre aspectos técnicos, ni regulatorios ni normativos que hagan que exista una controversia entre las mismas.
4. En efecto, si bien en el presente caso se advierte que se han verificado retiros de potencia y energía del SEIN por parte de nuestra empresa durante un periodo determinado, y que el COES asignó dichos retiros de nuestra empresa a ELP a un precio determinado; es claro que la única materia que podría actualmente estar en discusión entre las referidas empresas es de naturaleza civil y circunscrita a lo siguiente: existe un



747
Setecientos
cuarenta y siete

requerimiento de dar suma de dinero por parte de ELP a nuestra empresa y una negativa de nuestra empresa para atender dicho requerimiento.

5. Por ello, el CC debió, en cumplimiento de la disposición normativa antes aludida, y en mérito de la excepción de incompetencia presentada por nuestra empresa con sustento en los argumentos antes mencionados, declarar la improcedencia del pedido de ELP. Sin embargo, no hizo ello, y por el contrario, declaró infundada la referida excepción.

6. Ello, no sólo resulta ser un pronunciamiento errado del CC e impugnabile por parte de nuestra empresa por no ajustarse a la ley ni al derecho, sino que contraviene directamente el Código Procesal Civil, y por tanto, constituye un vicio de la Resolución N° 005 que causa su nulidad de pleno derecho, máxime si, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1. del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

B.2. Defectos en relación a los requisitos de validez de la Resolución N° 005

Defectos de motivación

7. En la Resolución N° 005, el CC, para sustentar su competencia para conocer el petitorio realizado por ELP, entre otros aspectos, señala que dicho petitorio está vinculado a una controversia entre ELP y nuestra empresa, relacionada tanto a temas regulatorios así como a temas normativos.

8. Específicamente, para sustentar la relación de la referida controversia con aspectos regulatorios, el CC, básicamente, señala que: (i) la controversia entre ELP y nuestra empresa tiene su origen en retiros sin contratos en el mercado de corto plazo que administra el COES en mérito de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico eléctrico vigente, y (ii) dichos retiros están sujetos a regulación de precios en mérito de lo dispuesto también por el mismo ordenamiento jurídico eléctrico vigente.

9. A la luz de ello, es claro advertir que dicha motivación sólo es aparente, dado que, si bien es cierto que: a) el requerimiento de dar suma de dinero que ELP ha hecho a nuestra empresa en



720
Setecientos
Cuarenta

octubre de 2011 (y que pretende a través del presente procedimiento administrativo haga esta vez OSINERGMIN), tiene su origen en los retiros de potencia y energía sin contrato realizados por nuestra empresa en el mercado de corto plazo administrado por el COES durante el periodo comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, b) de conformidad con el ordenamiento jurídico eléctrico vigente (específicamente, con el inciso d) del artículo 43° de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, e inciso g) del artículo 14° de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832), los retiros de potencia y energía realizados en el mercado de corto plazo administrado por el COES que efectúen usuarios libres, integrantes de dicha entidad, son determinados y valorizados por la misma, según precios regulados, y c) la actividad de administración del COES antes referida es regulatoria; ello de forma alguna válida que se pueda afirmar que, la controversia originada por el pedido de dar suma de dinero que ELP ha hecho a nuestra empresa y la negativa de nuestra empresa a atender dicho pedido, tenga carácter o esté relacionado a un aspecto regulatorio.

10. Como se ha dicho antes en el presente escrito, si bien en este caso se puede hablar de la existencia de una controversia, ésta tiene naturaleza o relación con materia estrictamente civil: existe un requerimiento de dar suma de dinero por parte de ELP a nuestra empresa y una negativa de nuestra empresa para atender dicho requerimiento.
11. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que es errado señalar, tal como lo ha hecho el CC, que la labor del COES de administrar el mercado de corto plazo, a través de la determinación y valorización de retiros, es una actividad regulatoria, dado que, en estricto, ésta es sólo una actividad operativa para el correcto funcionamiento del SEIN. Para corroborar ello, basta revisar la Ley N° 28832 antes mencionada. Sin embargo, en el hipotético y negado caso que dicha actividad fuese regulatoria, ello tampoco sustentaría que la controversia que pudiese existir entre ELP y nuestra empresa está relacionada con materia regulatoria.
12. De otro lado, para sustentar la relación de la referida controversia con aspectos normativos, el CC, básicamente, señala que: (i) la controversia atañe a reglas y mecanismos que definen la operación del mercado de corto plazo, que están



729
Setecientos
treintinueve

determinadas por una norma sectorial, y cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el OSINERGMIN; (ii) los procedimientos aprobados por el OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio por parte de todos los Agentes (en los que, según la Ley N° 28832, se incluyen a los Usuarios Libres: consumidores finales de electricidad localizados en el Perú no sujetos a regulación de precios por la energía o potencia que consumen); (iii) si bien no ha existido un procedimiento aprobado por el OSINERGMIN específicamente que regule cómo el COES debía valorizar y asignar retiros del SEIN en casos como el de nuestra empresa, el COES, en ese caso, utilizó el procedimiento aprobado por el OSINERGMIN para valorizar y asignar retiros entre generadores (Procedimiento N° 10), y dicho procedimiento (y su aprobación) encuentra sustento en los artículos 107° y 108° del Reglamento del Decreto Ley N° 25844, Decreto Supremo N° 009-93-EM (normas que son concordantes con lo dispuesto en el inciso g) del artículo 14° de la Ley N° 28832); (iv) nuestra empresa ha arreglado, según acuerdos privados, con otras empresas generadoras a las cuales el COES también asignó sus retiros verificados en el periodo comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, lo cual es una convalidación indirecta de nuestra empresa con lo realizado por el COES (vale decir, aplicar el Procedimiento Técnico N° 10 al caso concreto de nuestra empresa, aunque éste está destinado para regular otra situación); (v) de acuerdo con el artículo 31° del Reglamento del OSINERGMIN, Decreto Supremo N°054-2001-PCM (en adelante, el Reglamento del OSINERGMIN), la función supervisora del OSINERGMIN permite a dicha entidad supervisar el cumplimiento de obligaciones legales por parte de empresas que realizan actividades sujetas a su competencia; y (vi) de acuerdo con el inciso c) del artículo 201° del Reglamento del Decreto Ley N° 25844, constituye un incumplimiento sancionable por OSINERGMIN no realizar los pagos por transferencias y compensaciones dispuestas por el COES.

13. En mérito de lo anterior, nuevamente, advertimos un grave problema de motivación. De hecho, esta vez, no sólo se verifica una situación de motivación aparente, sino también se verifica una situación de falta de motivación interna del razonamiento: es decir, invalidez de inferencias a partir de las premisas que se establecen y existencia de incoherencia narrativa que se presenta como un discurso absolutamente confuso e incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.



738
Setecientos
treintiocho

14. Sobre el particular, debemos comentar que: (i) el hecho que el COES haya efectuado en el caso particular de nuestra empresa, valorizaciones y asignaciones en mérito del Procedimiento N° 10 aprobado por el OSINERGMIN (que estaba originalmente estaba destinado sólo para reglar las valorizaciones y asignaciones entre generadores), (ii) dicho Procedimiento N° 10 encuentre sustento, para el caso de los integrantes del COES, en el inciso g) del artículo 14° de la Ley N° 28832 y en los artículos 107° y 108° del Reglamento del Decreto Ley N° 25844, y (iii) en virtud de Reglamento del COES, Decreto Supremo N° 027-2008-EM, los Procedimientos aprobados por OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los agentes; no argumenta de forma alguna que la controversia entre ELP y nuestra empresa esté relacionada con un tema normativo.
15. El hecho que ELP sustente su requerimiento de dar suma de dinero realizado a nuestra empresa en las valorizaciones y asignaciones efectuadas por el COES (y que de alguna forma dichas valorizaciones y asignaciones hechas por el COES sean válidas en mérito del ordenamiento jurídico eléctrico vigente), y que nuestra empresa no esté dispuesta a atender dicho pedido; no hace que la materia de la controversia entre ELP y nuestra empresa sea normativa.
16. En estricto, ello, a lo mucho, podría utilizarse para explicar cómo ha hecho el COES, haciendo gala de cierta capacidad de integración jurídica, para realizar la labor de valorizar y asignar retiros de casos como el de nuestra empresa verificados durante el periodo comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009 (que no fue integrante del COES registrado sino hasta el 23 de mayo de 2011), y que no está regulada por procedimiento técnico alguno aprobado por OSINERGMIN ni tiene sustento preciso en el inciso g) del artículo 14° de la Ley N° 28832 ni en los artículos 107° ni 108° del Reglamento del Decreto Ley N° 25844.
17. Asimismo, el que nuestra empresa haya arreglado, según acuerdos privados, con otras empresas generadoras (a las cuales el COES también asignó sus retiros verificados en el periodo comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009), no sólo no tiene sentido alguno como argumento para fundamentar que la controversia entre ELP y nuestra empresa está relacionada con materia normativa; sino que además, y contrariamente a lo señalado por el CC, no implica la anuencia



737
Setecientos
treintisiete

directa ni menos indirecta de nuestra empresa sobre la corrección de la aplicación del Procedimiento N° 10 que hizo el COES a nuestro caso concreto. De hecho, con respecto a esto último, cabe señalar que los acuerdos privados referidos han implicado el pago de sumas de dinero distintas a las contenidas en las valorizaciones y asignaciones hechas por el COES. Sin perjuicio de ello, en el hipotético y negado caso que efectivamente pudiese entenderse indirectamente de dichos acuerdos privados que nuestra empresa estima por correcto lo realizado por el COES (es decir, aplicar el Procedimiento N° 10 a nuestro caso), ello tampoco abona en la tesis del CC sobre la existencia de una controversia entre ELP y nuestra empresa sobre materia normativa.

18. De otro lado, el hecho de que el OSINERGMIN, como parte de su función fiscalizadora regulada por el Reglamento del OSINERGMIN, pueda supervisar el cumplimiento de obligaciones legales por parte de empresas que realizan actividades bajo su competencia, tampoco resulta ser un argumento que sustente la competencia del OSINERGMIN para avocarse al pedido de ELP en un procedimiento administrativo de solución de controversias. Ello, habida cuenta que, para ello, antes, tendría que verificarse que la controversia entre ELP y nuestra empresa está relacionada con materia técnica, regulatoria o normativa, cosa que está descartada de plano, tal como hemos explicado con antelación.
19. Finalmente, el que el inciso c) del artículo 201° del Reglamento del Decreto Ley N° 25844, señale que constituye un incumplimiento sancionable por OSINERMGIN no realizar los pagos por transferencias y compensaciones dispuestas por el COES, tampoco abona en la tesis de que el OSINERGIM es competente para avocarse a la atención del pedido de ELP en la vía del procedimiento de solución de controversias.
20. A lo mucho, ello podría sustentar una sanción administrativa por parte de OSINERGMIN, dentro del procedimiento administrativo sancionatorio respectivo, ante la verificación por parte de OSINERGMIN de que una empresa sujeta a su competencia, no ha realizado pagos por las transferencias y compensaciones dispuestas por el COES según lo permitido por el ordenamiento jurídico eléctrico vigente y aplicable. Sin embargo, cabe precisar que, en este caso en particular, no se puede hablar de que se ha verificado la falta de pago de nuestra empresa con



736
Setecientos
treintiseis

respecto a transferencias dispuestas por el COES según lo permitido a ésta por el ordenamiento jurídico eléctrico vigente y aplicable. Ello, en tanto que: (i) las únicas transferencias que el ordenamiento jurídico eléctrico vigente y aplicable permite realizar al COES son aquellas vinculadas a agentes integrantes de dicha entidad (para corroborar ello basta revisar el inciso b) del artículo 43° del Decreto Ley N° 25844, y el inciso g) del artículo 14° de la Ley N° 28832); y (ii) las transferencias realizadas por el COES con respecto a los retiros realizados por nuestra empresa del SEIN, se realizaron cuando nuestra empresa no era integrante del COES.

21. En virtud de lo anteriormente señalado, es claro que la Resolución N° 005 presente evidentes problemas en cuanto a su motivación. A la luz de ello, y tomando en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por artículo 3° de la LPAG la motivación es un requisitos de validez del acto administrativo, y la motivación obliga a que el acto administrativo deba estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, (ii) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° de la LPAG, la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado, y (iii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2. del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; debe declararse la nulidad de la aludida Resolución N° 005 por defecto en relación a su motivación.

B.3. Defecto del objeto o contenido

22. De conformidad con lo dispuesto por el inciso 2. del artículo 3° de la LPAG, el contenido del acto administrativo se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y que comprenda las cuestiones surgidas de la motivación.
23. En la medida que, tal como hemos explicado antes, la Resolución N° 005 es contraria a los señalado en el Decreto Legislativo N° 768 (por no declarar la improcedencia de la reclamación de ELP a pesar la manifiesta incompetencia por razón de materia del CC para avocarse al conocimiento de



dicha reclamación), es claro que el referido acto administrativo no se ajusta al ordenamiento jurídico, y por tanto, contiene un defecto en cuanto a su objeto o contenido.

24. Así las cosas, y tomando en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la LPAG el objeto o contenido es un requisito del acto administrativo; y (ii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2. del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; debe declararse la nulidad de la aludida Resolución N° 005 por defecto en relación a su objeto o contenido.

C. RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: LOS VICIOS INSUBSANABLES DE LA RESOLUCIÓN N° 006 QUE ACARREAN SU NULIDAD DE PLENO DERECHO

Sin perjuicio de considerar que el Cuerpo Colegiado del Osinergmin es incompetente para conocer de la presente controversia entre ELECTROPERU y nuestra empresa, solicitamos al Tribunal, que se pronuncie sobre la excepción de prescripción extintiva que hemos formulado, solo en el caso negado que se confirme la Resolución del Cuerpo Colegiado que rechaza la excepción de incompetencia.

C.1. Errores manifiestos de la resolución impugnada

1. De esta manera, de una simple revisión de la Resolución impugnada, se puede apreciar que no existen "argumentos" expuestos por el Cuerpo Colegiado, para rechazar la excepción de prescripción.

Todo lo contrario, el Cuerpo Colegiado ha expresado argumentos que no guardan conexión lógica o resultan impertinentes con relación al asunto concreto que debió resolver.

En efecto, el asunto concreto que el Cuerpo Colegiado debió resolver, era determinar cuál es la naturaleza de la relación jurídica que existe (si es que existe una) entre la ELECTROPERU y nuestra empresa. Es decir, si nos encontramos frente a un CONTRATO (relación jurídica contractual) o ante una relación jurídica EXTRACONTRACTUAL.



B4
Setecientos
treinta y cuatro

Para ello, el Cuerpo Colegiado ha realizado afirmaciones genéricas, desvinculadas con el problema que estaba llamado a resolver. En este sentido, en buena parte de la resolución impugnada se hace referencia a la naturaleza del mercado de energía eléctrica. Luego se mencionan las características del Mercado de Corto Plazo (MCP), señalando que este MCP está regulado por la Ley de Concesiones Eléctricas y la Ley N° 28832.

Al respecto, debemos señalar que nada de lo expuesto puede determinar que la naturaleza de la relación jurídica que existe entre ELECTROPERU y nuestra empresa sea considerada como CONTRACTUAL, ya que en ninguna parte de la Ley de Concesiones Eléctricas o la Ley N° 28832 se establece ello, tal y como el propio Cuerpo Colegiado lo confirma en su resolución, mas adelante.

"No obstante, en tanto las normas del sector eléctrico no determinan un plazo prescriptorio para solicitar este pago..."¹

El hecho que la Ley establezca un valor de la potencia y energía, no genera que estemos frente a una relación jurídica contractual. En muchos ámbitos del comercio y de la sociedad el Estado regula precios y realiza supervisión y fiscalización; y sin embargo, no por ello podemos afirmar que en estos ámbitos existan relaciones contractuales en aquellos casos que terceros consuman bienes sin autorización o contrato. Por ejemplo, el caso del agua tomada por un usuario, sin autorización, no implica que el usuario "deba" por un "servicio" prestado o que exista un "contrato" implícito. El título mediante el cual se solicita el pago es indemnizatorio. El valor del daño se determinará a partir de las valorizaciones que existan, pues el monto que se ha dejado de percibir.

Lo insólito de la argumentación del Cuerpo Colegiado al momento de resolver la excepción de prescripción extintiva, es que no existe conexión lógica entre lo expuesto sobre la naturaleza del mercado eléctrico y la conclusión (inmotivada) a la que llega.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado, llega a la siguiente conclusión:

¹ Página 13 de la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66.



"De lo expuesto se colige que la reclamación de ELECTROPERU no constituye una pretensión indemnizatoria basada en una responsabilidad extracontractual del ámbito civil, sino que se trata más bien de una acreencia por la prestación de un servicio por parte de un generador (suministro de electricidad) en el MCP"

De la lectura de la resolución impugnada se advierte que se realiza una conclusión, sin que se hayan sustentado las razones de las que se deriva dicha conclusión.

En consecuencia, existe una indebida motivación y en concreto una motivación aparente, es decir, una descripción de hechos y situaciones que dan la apariencia de motivación, pero que sin embargo, no cumplen las exigencias de la debida motivación.

2. De otro lado, sin perjuicio de la indebida motivación en la que incurre la resolución apelada, existen otros graves errores de hecho y de derecho que determinan que el Tribunal deje sin efecto lo resuelto respecto de la excepción de prescripción extintiva y declare fundada esta excepción.

Como se puede apreciar de la resolución apelada, el Cuerpo Colegiado ha señalado que en el caso concreto, existiría un "servicio" prestado por parte de ELECTROPERU a nuestra empresa y que existiría por lo tanto un "suministro de electricidad".

*"De lo expuesto se colige que la reclamación de ELECTROPERU no constituye una pretensión indemnizatoria basada en una responsabilidad extracontractual del ámbito civil, sino que se trata más bien de una acreencia por la **prestación de un servicio por parte de un generador (suministro de electricidad)** en el MCP"² (el resaltado es nuestro)*

En otras palabras, el Cuerpo Colegiado esta concluyendo que ha existido un suministro de electricidad entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA!! Es decir, estaría afirmando que un **usuario sin contrato**, que realizó **retiros sin contrato**, tiene a su vez, un **"CONTRATO" DE SUMINISTRO** con ELECTROPERÚ.

² Página 12 de la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66.



732
Setecientos
treintidos

Evidentemente, el Cuerpo Colegiado incurre en un grave error, al considerar que existiría un servicio prestado por ELECTROPERU a favor de nuestra empresa, pues eso implica considerar que existió un contrato entre nuestra empresa y ELECTROPERU (como efectivamente lo hace), respecto de los retiros efectuados entre el mes de mayo de 2006 y febrero de 2009.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no solo resulta absurdo considerar que un usuario sin contrato, que realiza retiros sin contrato, tenga a su vez, un contrato con un generador. Sino que además es importante que el Tribunal tenga en cuenta que no resulta posible sostener válidamente la existencia de un contrato de suministro en esta situación, ya que jamás existió un "acuerdo de voluntades" para vincularse por medio de un contrato.

Tampoco podría afirmarse válidamente que existe un contrato, cuando esa posibilidad no se encuentra regulada expresamente en una norma y cuando no se presentan las características de un contrato.

En efecto, cabe preguntarse ¿el supuesto contrato de suministro al que hace referencia el Cuerpo Colegiado, es resoluble?, ¿podría solicitarse la nulidad del supuesto contrato de suministro? ¿O acaso sí la anulación o ineficacia?. Obviamente no es posible, por la sencilla razón que no existió un servicio y mucho menos un contrato de suministro entre ELECTROPERÚ y nuestra empresa.

3. Otro grave error en el que incurre el Cuerpo Colegiado, es considerar que habríamos estado vinculados a las decisiones del COES respecto al recálculo de valorizaciones, pues en realidad nuestra empresa nunca fue notificada con dichas valorizaciones, en la medida que hemos sido miembros integrantes del COES a partir de mayo de 2011. Pese a ello, el Cuerpo Colegiado, basándose en suposiciones, concluye que estaríamos vinculados y peor aún, que habríamos consentido las decisiones del COES.
4. De igual forma, el Cuerpo Colegiado, considerándose también competente para pronunciarse respecto de las excepciones de prescripción extintiva (pareciera que su competencia no tiene límites), declaró infundada nuestra excepción señalando que el plazo de prescripción, que corresponde al caso concreto, no es de dos años sino de diez, conforme lo establecido en el Código Civil.



781
Setecientos
treintinueve

En efecto, el Cuerpo Colegiado ha señalado lo siguiente:

*"No obstante, en tanto las normas del sector eléctrico no determinan un plazo prescriptorio **para solicitar este pago**, en virtud del principio de supletoriedad, se debe aplicar el plazo prescriptorio dispuesto **por el numeral 1) del artículo 2001° del CC -diez (10) años-**.*

*De este modo, considerando que la reclamación de ELECTROPERU comprende el periodo de mayo de 2006 a febrero de 2009; de conformidad con lo dispuesto por los artículo 2002° y numeral 1) del 2001° del CC, la acción de ELECTROPERU **vence a partir del año 2016**, de manera tal que el plazo prescriptorio aún no ha vencido, por lo que corresponde declarar infundada la excepción de prescripción extintiva deducida por CASAPALCA."*³

Como se puede apreciar de los párrafos transcritos, para el Cuerpo Colegiado es aplicable a la reclamación de ELECTROPERU, el plazo regulado en el inciso 1 del artículo 2001° de Código Civil.⁴ Es decir, **para el Cuerpo Colegiado**, la reclamación de ELECTROPERU es una **ACCIÓN PERSONAL** que **prescribe a los 10 años**.

Si fuera verdad que la reclamación de ELECTROPERU es una **acción personal**, como afirma el Cuerpo Colegiado. Esta sería una clara contradicción con lo expuesto por el propio Cuerpo Colegiado al momento de resolver la excepción de incompetencia, pues entonces, **no existiría una controversia técnica, regulatoria o normativa, sino que estaríamos frente a un acción personal** (actio in personam), es decir, el simple cumplimiento de una obligación derivada de un contrato, como por ejemplo, el pago de una deuda. ¿El Cuerpo Colegiado del Osinergmin es competente para conocer acciones personales? Obviamente no.

Esto demuestra la ausencia de fundamento de la resolución apelada, por lo que el Tribunal deberá dejar sin efecto la decisión

³ Página 13 de la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66.

⁴ **"Artículo 2001.-** Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
(...)"



730
Setecientos
treinta

del Cuerpo Colegiado y declarar fundada la excepción de prescripción.

C.2. La contravención a lo dispuesto por el Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, por parte de la Resolución N° 006

5. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1989° del Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, la prescripción extingue la acción. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2001° del mismo texto normativo sustantivo, la acción por responsabilidad civil extracontractual prescribe a los dos (2) años. Y de otro lado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1993°, la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción.
6. Tomando en consideración las disposiciones normativas antes referidas, y atendiendo a que, el pedido que ELP ha hecho a nuestra empresa para que ésta le de una determinada suma de dinero por concepto de retiros sin contrato de SEIN efectuados por nuestra empresa, valorizados y asignados por el COES, recién se verificó en octubre de 2011; es claro que el CC, al desestimar la excepción de prescripción extintiva formulada por nuestra empresa, ha ido en contra de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 295.
7. En ese contexto, y en la medida que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; debe declararse la nulidad de la aludida Resolución N° 006.
8. Puntualmente, con respecto al pedido de dar suma de dinero de ELP antes referido, no cabe duda que éste tiene calidad indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, toda vez que, de un lado, según la propia ELP, dicho pedido de dar suma de dinero encontraría sustento en los retiros realizados por nuestra empresa del SEIN sin respaldo contractual, y de otro lado, el hecho que el COES haya tenido que ordenar a ELP despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de demanda sin respaldo contractual durante el periodo comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, y luego haya asignado a dicha carga un precio determinado en cabeza de ELP, puede haber generado en ELP



la pérdida de la posibilidad de asignar por sí sola dicha carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste (costo de oportunidad).

9. De hecho, distinta es una situación en la cual una empresa (cliente libre, como nuestra empresa) hace retiros de SEIN, según un contrato de compraventa de electricidad suscrito con una empresa generadora en particular (como ELP), en donde el pago que la referida empresa generadora podría exigir al cliente libre de nuestro ejemplo, se sustentaría en una obligación contractual, de forma tal que lo que tendría el generador frente al cliente libre sería una acción personal. Sin embargo, inclusive, en dicho caso, de verificarse la renuencia del cliente libre para atender el requerimiento de pago del generador (por la razón que sea), el único competente para ordenar el pago sería el juez o árbitro (según lo que se hubiere señalado al respecto en el correspondiente contrato de compra-venta de electricidad); pero de ninguna forma sería competente el OSINERGMIN, para que, en la vía de solución de controversias, disponga el pago o el no pago requerido por el generador.
10. Lo mismo pasa en aquellos casos como en el nuestra empresa, en los que no existe relación contractual. En este caso, el único competente para ordenar un pago o no pago es el juez civil, esta vez no porque así lo establece un texto contractual (inexistente) sino en tanto que ello es lo que corresponde para pedidos de pago indemnizatorios por responsabilidad civil extracontractual.
11. El hecho que el COES haya valorizado y asignado (correcta o incorrectamente, válida o inválidamente, según se prefiera entender) dichos retiros a ELP, no modifica en lo absoluto la naturaleza extracontractual del pedido de ELP. No debe pues perderse de vista que: (i) para que exista un contrato de compraventa de electricidad y por tanto responsabilidad contractual (y acción personal de por medio) por incumplimiento de éste, debe existir un vendedor y un comprador identificados, una cosa objeto cierto materia de la transacción, un precio determinado para ello, y voluntad manifestada de las partes para realizar el negocio; (ii) en el caso particular, no ha se ha dado presupuesto alguno de los antes señalados: el hecho que el COES haya hecho valorizaciones y asignación con respecto a los retiros realizados por nuestra empresa del SEIN en "cabeza" de ELP, no determina el



728
Setecientos
veintiocho

establecimiento de un contrato entre ELP y nuestra empresa, máxime si, ni siquiera existe norma alguna de la cual pueda desprenderse que, al hacer una empresa no integrante del COES retiros sin contrato de SEIN, acepta que el COES establezca un contrato de compraventa de electricidad entre dicha empresa no integrante del COES y un generador con los presupuestos que debe contener un contrato para reputarse como tal (de hecho, en el extremo, sólo podría sustentarse ello, para aquellos de retiros de potencia y energía de agentes integrantes del COES, a la luz de lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43° del Decreto Ley N° 25844, y el inciso g) del artículo 14° de la Ley N° 28832); (iii) para hablar de responsabilidad civil extracontractual debe verificarse un daño producido por un persona a otra en contexto en el cual no exista relación contractual alguna entre dichas personas; y (iv) en el presente caso, no sólo la solicitud de pago de ELP no está sustentada en contrato de compraventa de electricidad alguno, sino del daño que podría haber sufrido ELP, representado por el hecho de que el COES haya tenido que ordenar a dicha empresa despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de demanda sin respaldo contractual durante el periodo comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, haya asignado dicha carga un precio determinado en cabeza de ELP, y haga hecho perder a ELP la posibilidad de asignar por sí sola dicha carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste (costo de oportunidad).

12. Así las cosas, y en la medida que, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1. del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; debe declararse la nulidad de la Resolución N° 006 por contravenir el Decreto Legislativo N° 295.

C.3. Defectos en relación a los requisitos de validez de la Resolución N° 006

Defectos de motivación

13. El CC, para sustentar la desestimación de la prescripción extintiva formulada por nuestra empresa, básicamente: (i) explica nuevamente la función administrativa que debe ser realizada por el COES en el mercado de corto plazo en



cumplimiento del ordenamiento jurídico eléctrico vigente (consistente en ordenar el despacho de electricidad al SEIN por parte de los generadoras para que exista calce perfecto entre la oferta y la demanda, y realizar las valorizaciones y asignaciones a que hubiere finalmente lugar entre los integrantes del COES); (ii) señala que las transacciones en el mercado de corto plazo están sujetas a regulación de precios, específicamente, según lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43° del Decreto Ley N° 25844; (iii) señala que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto Ley N° 25844, tanto el Ministerio de Energía y Minas como el OSINERGMIN son competentes para velar por el cumplimiento de dicha norma; (iv) señala que lo reclamado por ELP es una acreencia por la prestación de un servicio por parte de un generador, administrado por el COES, y cuyo monto ha sido determinada por dicha entidad en cumplimiento de las competencias para el efecto que tiene la misma en mérito del Decreto Ley N° 25844 y la Ley N° 28832; y (v) el pago por las transferencias de energía en el mercado de corto plazo es una figura regulada por el sector eléctrico para contrarrestar los desbalances que se producen en el mercado eléctrico por los ingresos y retiros de energía y potencia, a fin de garantizar su estabilidad y eficiencia.

14. Como puede advertirse de lo antes expuesto, nuevamente en este caso nos encontramos en un supuesto de defecto grave en la motivación. De hecho, como no podrá escapar al criterio del Tribunal, nada de lo señalado por el CC, ni de forma individual ni conjunta, sirve de motivo serio para desestimar la excepción de prescripción extintiva formulada por nuestra empresa.
15. De hecho, la función administrativa que cumple el COES en el SEIN consistente en ordenar el despacho de electricidad al SEIN por parte de los generadoras para que exista "calce" perfecto entre la oferta y la demanda, y en realizar las valorizaciones y asignaciones a que hubiere finalmente lugar entre los integrantes del COES según para lo que en relación a ello está dicha entidad autorizada legalmente, entre otras; no descarta en lo absoluto que el pedido de dar suma de dinero de ELP no tiene sustento en un contrato (ni que no tiene relación con un daño ocasionado a dicha empresa con ocasión de los retiros realizados por la nuestra durante el periodo comprendido entre febrero de 2006 y mayo de 2009) ni que por tanto dicho pedido es materia de responsabilidad civil extracontractual. Por ello, hacer referencia a ello en calidad de motivación para



desestimar la excepción de prescripción extintiva planteada por nuestra empresa, no constituye otra cosa que una motivación aparente.

16. Tampoco señalar que ciertos retiros están sujetos a regulación de precios reviste motivación seria para el efecto. De hecho, no sólo es claramente indiscutible la función del COES de valorizar y asignar retiros realizado por integrantes del COES según precios regulados, sino que también es muy claro que traer a colación dicha función administrativa del COES no tiene sentido para justificar (si cabe el término) que en este caso no estamos en presencia de un reclamo ajeno a la responsabilidad contractual.
17. En efecto, el hecho que, el COES: (i) tenga la función de valorizar y asignar retiros de una empresa a un generador, en tanto dichos agentes sean integrantes del COES; (ii) haya entendido, correcta o incorrectamente, según se prefiera entender, que dicha función también le permitía hacer lo propio en el caso de nuestra empresa (por retiros comprendidos entre febrero de 2006 y mayo de 2009), no obstante que ésta no fue integrante del COES sino hasta el 23 de mayo de 2011; y (iii) por tanto haya, primero, ordenado mayor despacho a ELP del contratado por dicha empresa entre el periodo comprendido entre febrero de 2006 y mayo de 2009, y luego haya valorizado y asignado la mayor carga de demanda correspondiente a los retiros de nuestra empresa en dicho periodo en "cabeza" de ELP; sólo ha importado el establecimiento del monto que, a criterio del COES (bajo su interpretación de la aplicación de la normativa), correspondería que ELP cobre a nuestra empresa, por los retiros que ésta realizó del SEIN durante el periodo comprendido entre febrero de 2006 y mayo de 2009. Pero de forma alguna descarta que el pedido de dar suma de dinero de ELP, constituye un pedido extracontractual, habida cuenta: (i) de la falta de contratación entre ELP y nuestra empresa (tal como ha señalado ELP); y (ii) del daño que se podría haber producido a ELP con los retiros hechos por nuestra empresa en el periodo antes aludido, debido al mayor despacho que tuvo que ordenar el COES a ELP durante dicho periodo para atender las cargas de demanda sin contrato como la nuestra, y la pérdida de la posibilidad de que ELP pudiese contratar esa mayor carga con otros agentes a precios libres (y mayores que los asignados por ELP).



18. De otro lado, cabe aclarar que, el pedido de ELP no es una acreencia que tiene dicha empresa frente a la nuestra por la prestación de un servicio, dado que, en estricto, ni siquiera, si hubiese contrato entre ELP y nuestra empresa que respaldase los retiros de SEIN realizados por nuestra empresa entre febrero de 2006 y mayo de 2009 (lo cual ha sido negado por ELP), podría hablarse de la existencia de servicio alguno. Ello, toda vez que, la naturaleza de una transacción materia de un contrato como ese, es la de un contrato de compra-venta de energía. Adicionalmente, debe también precisarse que dicho argumento tampoco aporta en lo absoluto para desvirtuar la naturaleza extracontractual del pedido de ELP.
19. Finalmente, con respecto a la afirmación del CC de que el pago por las transferencias de energía en el mercado de corto plazo es una figura regulada por el sector eléctrico para contrarrestar los desbalances que se producen en el mercado correspondiente por los ingresos y retiros de energía y potencia que se verifican en éste, a fin de garantizar su estabilidad y eficiencia; debemos señalar que no sólo es incorrecta ésta sino que tampoco sustenta por qué el reclamo de ELP no tiene la calidad de extracontractual.
20. De hecho, para evitar los desbalances (o descalces) de energía y propiciar la estabilidad y eficiencia del SEIN se le ha dado al COES la función operativa de administrar el despacho de energía del SEIN (poder solicitar cuánto debe despachar qué generador en tiempo real para que exista adecuación entre la oferta y la demanda) y luego de ello de valorizar y asignar retiros. Sin embargo, el pago por retiros con o sin contrato, es un aspecto comercial (civil) entre los agentes que inyectan y retiran electricidad del SEIN, según corresponda, que nada tiene que ver con el funcionamiento ni la estabilidad y eficiencia de dicho sistema.
21. En virtud de lo anteriormente señalado, es claro que la Resolución N° 006 presente evidentes problemas en cuanto a su motivación. A la luz de ello, y tomando en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por artículo 3° de la LPAG la motivación es un requisito de validez del acto administrativo, y la motivación obliga a que el acto administrativo deba estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, (ii) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° de la LPAG, la motivación deberá ser expresa,



mediante una relación concreta y directa de los hechos probados del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado, y (iii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2. del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; debe declararse la nulidad de la aludida Resolución N° 006 por defecto en relación a su motivación.

Defecto del objeto o contenido

22. De conformidad con lo dispuesto por el inciso 2. del artículo 3° de la LPAG, el contenido del acto administrativo se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y que comprenda las cuestiones surgidas de la motivación.
23. En la medida que, tal como hemos explicado antes, la Resolución N° 006 es contraria a lo señalado en el Decreto Legislativo N° 295 (por acoger la prescripción prescriptiva formulada por nuestra empresa a pesar de que es claro que la solicitud de ELP se encuentra prescrita por tener naturaleza extracontractual), es claro que el referido acto administrativo no se ajusta al ordenamiento jurídico, y por tanto, contiene un defecto en cuanto a su objeto o contenido.
24. Así las cosas, y tomando en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la LPAG el objeto o contenido es un requisito del acto administrativo; y (ii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2. del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; debe declararse la nulidad de la aludida Resolución N° 006 por defecto en relación a su objeto o contenido.

D. SOBRE EL FONDO DE LA RECLARACIÓN DE ELECTROPERÚ: SOBRE LA INCORRECCIÓN DE LOS ARGUMENTOS QUE HA UTILIZADO EL CC PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO ESTIMANDO FAVORABLEMENTE EL PEDIDO DE ELP

1. Para estimar favorablemente el pedido de ELP, el CC, adicionalmente al hecho de haber desestimado primero las



723
Setecientos
veintitres

excepciones de incompetencia y prescripción extintiva formuladas por nuestra empresa (desde nuestra perspectiva incorrectamente), explica nuevamente que: (i) el COES, según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente y aplicable, tiene las funciones de ordenar el despacho de electricidad en el SEIN y de realizar asignaciones y valorizaciones de los retiros verificados finalmente por los antes integrante del COES (dadas las características particulares del mercado eléctrico, y de la necesidad de que exista "calce" entre la oferta y la demanda); (ii) los precios de dichos retiros, según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente y aplicable, están sujetos a regulación; (iii) el COES hizo uso del Procedimiento N° 10 aprobado administrativamente (originalmente para valorizar y asignar retiros del SEIN de generadores) para valorizar y asignar los retiros de nuestra empresa en "cabeza" de ELP; (iv) nuestra empresa nunca cuestionó las valorizaciones y asignaciones antes referidas hechas por el COES; (v) nuestra empresa pagó a otras generadoras bajo el mismo criterio del CC; y (vi) los artículos 41° del Decreto Ley N° 25844 y 108° del Decreto Supremo N° 009-93-EM (en sus versiones hoy no vigentes), disponen que el COES debe garantizar a sus integrantes la compraventa de energía, y cada integrante del COES debe pagar los montos productos de las valorizaciones.

2. Lo que pierde por completo de vista el CC y hace incorrecta su resolución en cuanto al fondo del pedido de ELP (en mérito de la cual ordena nuestra empresa realizar el pago requerido por ELP) es lo siguiente: (i) ni el inciso b) del artículo 43° del Decreto Ley N° 25844 ni el inciso g) del artículo 14° de la Ley N° 28832 ni los artículos 107° y 108° del Decreto Supremo N° 009-93-EM (actualmente vigentes), establecen la facultad del COES de realizar las valorizaciones y asignaciones a agentes no integrantes del COES (como lo fue nuestra empresa hasta el 23 de mayo de 2012), como sí lo hacen para agentes integrante del mismo, motivo por el cual, es un hecho que ni siquiera existe un procedimiento aprobado administrativamente por el COES para tal efecto; (ii) el hecho que el COES haya aplicado el Procedimiento N° 10 para hacer las valorizaciones y asignaciones respecto a los retiros del SEIN realizados por nuestra empresa, no ha sido correcto, precisamente porque dicho procedimiento regula otro supuesto; (iii) el COES nunca notificó a nuestra empresa con dichas valorizaciones ni asignaciones hechas a favor de ELP por tal entidad en febrero de 2009, toda vez que, cuando se realizaron éstas en aquella oportunidad, nuestra



empresa no era integrante registrado del COES, motivo por el cual la referida entidad no tenía por qué notificar a ésta con acto suyo alguno (como hemos señalado antes, nuestra empresa recién ha pasado a ser integrante registrado del COES a partir el 23 de mayo de 2011); (iv) nuestra empresa no ha pagado a generadora alguna, por los retiros sin contrato que la misma realizó del SEIN (y que no niega), bajo ningún criterio esbozado por el CC, sino de acuerdo a los criterios privados pertinentes acordados; (v) las versiones de los artículos 41° del Decreto Ley N° 25844 y 108° del Decreto Supremo N° 009-93-EM que disponían que el COES debe garantizar a sus integrantes la compraventa de energía y que cada integrante del COES debe pagar los montos productos de las valorizaciones, respectivamente, además que también estaban referidos a integrantes del COES (calidad que no tuvo nuestra empresa, nuevamente, hasta el 23 de mayo de 2011), están hoy derogados; y (vi) si acaso fuesen correctas y legales las valorizaciones y asignaciones realizadas por el COES en nuestro caso particular (cosa que no pensamos), el tema del pago resultante de éstas es un tema netamente comercial (civil) que debe ser arreglado por las partes o en todo caso si lo que se pretende es una orden de pago ésta debe ser dada por un juez.

3. Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal debe tener en cuenta que los retiros efectuados entre los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009 fueron efectuados en virtud al Contrato de Suministro celebrado entre CASAPALCA y la empresa Enersur S.A., (Contrato ENERSUR) el cual estuvo vigente hasta febrero del 2009. Debemos indicar además que dicho contrato ha sido objeto de un Proceso Arbitral mediante el cual se discutió la validez de la resolución de pleno derecho del Contrato de Suministro celebrado entre CASAPALCA y la empresa Enersur S.A.. La resolución final del Tribunal Arbitral, por mayoría, declaró que la resolución del Contrato de Suministro de Energía y Potencia se produjo el día 20 de mayo de 2006.

CASAPALCA, ante la arbitrariedad incurrida en el Laudo arbitral, procedió a interponer recurso de anulación ante el Poder Judicial fin de que se sancione la nulidad del Laudo por resultar lesivo a diversos derechos fundamentales. A la fecha se encuentra en trámite un proceso de amparo iniciado por CASAPALCA, el cual se encuentra en el Tribunal Constitucional.

4. Consecuentemente, dicho Laudo no ha adquirido autoridad de cosa juzgada, siendo por tanto, que la declaración de validez de



721
Setecientos
veintiuno

la resolución del Contrato ENERSUR carece de irreversibilidad innata a la cosa juzgada.

5. De igual forma, el Tribunal debe tener en cuenta que, aun cuando el Poder Judicial declarase la ineficacia del Contrato ENERSUR; CASAPALCA mantenía desde el 1 de mayo de 2006 el "Contrato de Suministro de Electricidad a precio libre entre ELECTROPERU S.A. y Compañía Minera CASAPALCA S.A." (Contrato ELECTROPERU) el cual fue suscrito entre las partes con el objeto de brindar de manera exclusiva un suministro de electricidad en lo que exceda a la contratada a Enersur S.A., conforme a lo expresamente pactado en la cláusula 1.4 de dicho Contrato.

Por tanto si acaso el Contrato ENERSUR dejase de surtir efectos, deberá entenderse que los retiros de potencia y energía efectuados entre mayo del 2006 y febrero de 2009 se encuentran comprendidos dentro de los alcances del contrato de suministro suscrito con ELECTROPERÚ (al efecto ver el numeral 1.4 del contrato de suministro celebrado con la hoy reclamante y transcrita en el numeral 4.5 de la solicitud de pago).

6. Ahora bien, en cuanto a las valorizaciones, tal como se ha mencionado CASAPALCA no reconoce las valorizaciones emitidas entre los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009 debido a sus retiros fueron clasificados por el COES como "retiros sin contrato", y como ya se ha explicado, CASAPALCA sostiene que sus retiros tuvieron respaldo contractual.
7. En tal sentido, CASAPALCA considera que dichos retiros de potencia y energía deben ser valorizados al precio en el Contrato ENERSUR, y en caso éste dejase de surtir efectos, al precio establecido en el Contrato ELECTROPERU.
8. En tal sentido, mediante Carta CMC-004-10-GG de fecha 19 de enero de 2010 se solicitó a ELECTROPERU, sin perjuicio de los cuestionamientos ya mencionados, se emita una liquidación por el consumo de energía correspondiente al periodo entre el 20 de mayo de 2006 y 28 de febrero de 2009 sustentado en el Contrato ELECTROPERU. Tal como se puede apreciar, CASAPALCA siempre ha tenido la voluntad de reconocer los retiros que por potencia y energía se realizaron en el periodo mayo 2006 a febrero de 2009, pero no reconoce que dichos retiros se hayan



producido en calidad de retiros sin contrato debido a la existencia de los Contratos de Suministro suscritos con Enersur S.A. y el reclamante ELECTROPERU.

III. MEDIOS PROBATORIOS:

En calidad de medio probatorio, ofrecemos la copia de la carta COES/D-255-2011 remitida por el COES a nuestra empresa, mediante la cual se comunica nuestra inscripción formal en como integrantes del COES a partir del día 23 de mayo de 2011.

POR TANTO

Solicitamos al Tribunal de Solución de Controversias que, conforme a ley y derecho, declare fundado el recurso de apelación interpuesto (con los efectos revocatorios correspondientes que ello supone), declare la nulidad tanto de la Resolución N° 005 así como de la Resolución N° 006, y resuelva declarando improcedente la reclamación presentada por ELECTROPERU, o en el extremo, infundada ésta.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Que, formulamos expresión de agravios de conformidad con lo dispuesto por el artículo 366° del Código Procesal Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 768 (norma de aplicación supletoria al presente procedimiento en virtud de la Primera Disposición Final de la referida disposición y de la Tercera Disposición Complementaria y Final de la LPAG), toda vez que las resoluciones materia de impugnación, de manera incorrecta e ilegal, ordenan la realización de un pago por parte de nuestra empresa a favor de ELP, cuando una orden de tal naturaleza sólo puede provenir de un juez civil.

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Acompañamos como anexo el siguiente documento:

- Copia de la carta COES/D-255-2011 remitida por el COES a nuestra empresa, mediante la cual se comunica nuestra inscripción formal en como integrantes del COES a partir del día 23 de mayo de 2011. (Anexo A)



749
Setecientos
diecinueve

TERCERO OTROSI DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 75° y 145° de la LPAG, solicitamos que, conforme a ley, encausen de oficio el presente procedimiento de advertir cualquier error u omisión de nuestra empresa, promoviendo toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superando cualquier obstáculo que se opusiere a la regularidad de ésta, determinando la norma aplicable en caso que la misma no haya sido invocada o hubiese sido errónea la cita legal, evitando cualquier entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, y adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.

CUARTO OTROSI DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 216° de la LPAG, solicitamos la suspensión de la ejecución de la Resolución N° 005 y Resolución N° 006, durante el trámite del presente recurso impugnativo, toda vez que éstas contienen claros vicios de nulidad trascendente, y en tanto que la dación de la suspensión solicitada, muy lejos de implicar un perjuicio al interés público y/o a terceros, implicaría, por el contrario, salvaguardar correctamente nuestros derechos, y prevería el eminente perjuicio que la ejecución de las resoluciones impugnadas podría causar en el flujo normal de dinero de nuestra empresa y por tanto en su negocio regular, habida cuenta del ilegal mandato de devolución de dinero a favor de ELP que dichos actos administrativos impugnados suponen.

QUINTO OTROSI DECIMOS: Que, sin perjuicio de lo expuesto en el presente escrito, nos permitimos reservarnos el derecho de fundamentar con mayor detalle los argumentos expresados en éste.

Lima, 17 de mayo de 2012

CESAR RIVERA BURGOS
ABOGADO
REG. CAL. 25283

DANTE LUDWIG APOLIN MEZA
ABOGADO
REG. CAL. 38432

COMPANIA MINERA CASAPALCA S.A.

CARLOS GUBBINS COX
GERENTE GENERAL

ANEXO 8:
Escrito de contestación de
apelación de ELECTROPERÚ.

PRES	OSINERGMIN SAN ISIDRO RECIBIDO 18 JUN. 2012	GFM
GFGN		GART
GG		JARU
GFHL		OTROS
GFE		OR

20/20012 8669 16:47

REGISTRO HORA

LA RECEPCION DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD

Expediente N° CC-66-2012

Escrito N° 3

Sumilla: Absuelve traslado

7754
Setecientos
Setenta y cinco

SEÑOR PRESIDENTE DEL CUERPO COLEGIADO AD HOC DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA:

EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. – ELECTROPERÚ S.A. (en adelante ELECTROPERÚ) en el reclamo iniciado contra **COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.** (en adelante se le denominará CASAPALCA), a usted atentamente decimos:

Dentro del término de ley cumplimos con absolver el traslado de la apelación formulada por CASAPALCA contra la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad Hoc que con fecha 19 de abril de 2012 declaró fundado nuestro reclamo y con fecha 13 de abril de 2012 declaro infundada la excepción de incompetencia deducida por CASAPALCA.

Conforme lo hemos precisado en nuestro reclamo, el petitorio de ELECTROPERÚ consiste en que se ordene a CASAPALCA el pago de S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84, incluyendo el IGV) por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante COES SINAC) ha asignado a ELECTROPERÚ S.A. en las valorizaciones efectuadas por el COES SINAC por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009, más los correspondientes intereses previstos en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. El Cuerpo Colegiado Ad Hoc ha declarado fundado nuestro reclamo y ha ordenado a CASAPALCA el pago a nuestro favor del monto total reclamado.

Como es de conocimiento del Tribunal, CASAPALCA insiste en la apelación presentada insiste en los argumentos de defensa esgrimidos ante el Cuerpo

Colegiado, así continúa cuestionando la competencia de OSINERGMIN para resolver la controversia; alega que el reclamo de ELECTROPERÚ S.A. ha prescrito y en cuanto al fondo considera que sus retiros si cuentan con respaldo contractual.

Al respecto debemos señalar lo siguiente:

1. El primer argumento de CASAPALCA tiene que ver con la *excepción de incompetencia*. La primera formulación de ese argumento consiste en afirmar que, como no se verifica una controversia entre ELECTROPERÚ S.A. y CASAPALCA sobre materia técnica, regulatoria o normativa, lo único que existe es una controversia civil relativa a un requerimiento de pago, cuyo origen sería una hipótesis de responsabilidad contractual, lo cual supondría una controversia civil, respecto de la cual el Cuerpo Colegiado Ad Hoc no habrá tenido competencia.

2. Sin embargo, el argumento desarrollado por CASAPALCA no advierte que una de las cuestiones en discusión es, precisamente, la relativa a la naturaleza del crédito que ELECTROPERÚ invoca. Ello comporta una discrepancia que involucra directamente una materia regulatoria, pues entre otras cosas hace necesario determinar si el crédito alegado por ELECTROPERÚ es uno de naturaleza civil (resultante de un "accidente" como pareciera sugerir CASAPALCA) o es, como postula, ELECTROPERÚ producto de una obligación que impone directamente la regulación. El Cuerpo Colegiado debidamente ha sustentado que los retiros realizados por CASAPALCA y asignados a ELECTROPERÚ S.A. se deben a mecanismos de regulación propia del sistema eléctrico peruano, a los cuales ninguna de ambas empresas podría ser ajeno, existiendo por tanto esa vinculación que genera la controversia entre integrantes del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional que deben ser solucionados a través de los mecanismos de solución de controversias del OSINERGMIN.

3. Debemos reiterar que CASAPALCA omite señalar que el Artículo 46° del Reglamento de OSINERGMIN y Artículo 2° del Reglamento de Solución

de Controversias, precisan que los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para resolver:

"(...) **Controversias** entre (...) Generadores y Usuarios Libres (...), **relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos** o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG" (resaltado y subrayado nuestro).

Conforme se puede apreciar la controversia que ELECTROPERÚ ha puesto a consideración del Cuerpo Colegiado, y se encuentra ahora ante el Tribunal de Solución de Controversias, está relacionada con aspectos técnicos como son la determinación por un organismo técnico como es el COES SINAC de retiros de electricidad del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional sin respaldo contractual.

De otro lado, la controversia que se plantea está relacionada también con aspectos normativos, los cuales no se limitan a la "función normativa" del OSINERGMIN como tendenciosamente señala CASAPALCA. Así, como sustento normativo del reclamo de ELECTROPERÚ podemos señalar al siguiente:

Ley de Concesiones Eléctricas (D.L. 25844):

"Artículo 1.- Las disposiciones de la presente Ley norman lo referente a las actividades relacionadas con la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.

El Ministerio de Energía y Minas y el OSINERG en representación del Estado son los encargados de velar por el cumplimiento de la presente ley (...).

"Artículo 32.- Los integrantes del COES están obligados a cumplir las disposiciones que emita dicho Comité".

Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica Ley 28832:

Setecientos
setentidos**Artículo 14.- Funciones operativas**

"El COES tiene a su cargo las siguientes funciones: (...)

- c) Coordinar la operación en tiempo real del SEIN; (...)
- g) Determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES".

Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas

"Artículo 107.- La valorización de las transferencias de energía entre los generadores integrantes por la operación económica del sistema y que no comprende los contratos previamente establecidos, será efectuada y registrada por el COES en forma mensual, de acuerdo al siguiente procedimiento: (...)

El valor resultante, sea positivo o negativo, constituirá el saldo neto mensual acreedor o deudor de cada integrante".

Si existe pues una controversia relacionada con aspectos normativos de competencia del Cuerpo Colegiado.

En consecuencia, el Cuerpo Colegiado Ad Hoc es competente para conocer del reclamo formulado por ELECTROPERÚ.

4. El segundo argumento relativo a la incompetencia del Cuerpo Colegiado supone una censura por defecto de motivación. Un defecto de motivación supondría que la resolución que se impugna no puede ser discutida porque no se conoce el itinerario lógico que justificó la decisión y, por lo tanto, no se puede ni siquiera afirmar que la misma es correcta o incorrecta. La sola existencia de los numerales 7 a 21 del recurso de apelación y las explicaciones allí propuestas para demostrar que el Cuerpo Colegiado erró demuestran que la resolución impugnada si fue correctamente motivada —si no se conoce la motivación es imposible discutir la decisión— por mucho que CASAPALCA no esté de acuerdo con las conclusiones a las que se ha arribó el Cuerpo Colegiado.

5. A su turno, el argumento con respecto a la *excepción de prescripción* es solo consecuencia de la manera en la que ELECTROPERÚ entiende el tema de la competencia. Como a juicio de la reclamada el tema es civil y supondría un caso de responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción debería ser dos años. Esto es incorrecto. CASAPALCA no ha demostrado porque, en cualquier caso, la acreencia que ELECTROPERÚ alega debería ser considerada como el resultado de un accidente y tener el plazo de 2 años.
6. La excepción de prescripción es infundada, reiteramos que ELECTROPERÚ no está solicitando el pago de una indemnización, lo que ELECTROPERÚ solicita es el pago de una acreencia que le ha sido asignado por su calidad de generador integrante del COES SINAC, respecto de un retiro de electricidad que ha realizado CASAPALCA sin el correspondiente respaldo contractual. En todo caso el plazo de prescripción aplicable a la acreencia de ELECTROPERÚ corresponderá a uno de diez años de la acción personal. Cuando una acción no es pasible de ser considerada en ninguno de los supuestos establecidos en el Código Civil se aplicará el plazo considerado en la norma general de diez años.
7. En efecto, las obligaciones no solo se generan por contrato o por un accidente. También las impone la ley en forma directa, por ejemplo, en lo relativo a los retiros sin contrato¹. Y ese hecho no altera en absoluto que la acción que se ejercite para obtener su cumplimiento sea una acción personal. Nótese que la distinción "personal" está puesta por el legislador para distinguir aquellas acciones que tienen un deudor determinado y que protegen un derecho de crédito (cualquiera sea su origen, contractual, extracontractual o legal) frente a las que no lo tienen (las acciones reales), que protegen un derecho real. Dicho con otros términos, inclusive una valorización de transferencias no pagadas entre generadores, respecto de cuyo pago el Cuerpo Colegiado hubiera sido

¹ Es desde ese punto de vista que debe entenderse la referencia del CC a la 'prestación' del servicio de suministro eléctrico por parte de ELP a CMC en el mercado de corto plazo, inclusive al margen de una relación contractual.

770
Setecientos
setenta

claramente competente, podría ser cobrada durante 10 años como toda acción personal.

8. También es menester advertir que ni el contrato con ELECTROPERÚ S.A. ni el contrato con EnerSur S.A. resultan aplicables. Mientras no existe una medida cautelar que prive de efectos al laudo que lo declaró resuelto, dicho contrato ha de considerarse extinto en el momento identificado por el COES con ocasión de sus valorizaciones. Además de ello debemos señalar que ya el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento con relación al proceso de amparo iniciado por CASAPALCA contra el laudo que declaró resuelto el contrato que tenía suscrito con ENERSUR, adjuntamos al presente escrito copia de la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 3 de mayo de 2012, la cual declara improcedente la demanda de amparo de ENERSUR, en consecuencia dicho contrato se encuentra legalmente resuelto.
9. A su vez, los retiros sin contrato de CASAPALCA tampoco pueden ser asignados al contrato con ELECTROPERÚ S.A. pues este fue claro en señalar al momento de su suscripción que la contratación con ELECTROPERÚ S.A. aplicaría únicamente para los retiros que en exceso tenía contratada CASAPALCA en ese momento con ENERSUR S.A. independientemente de su vigencia. La cláusula 1.4 del Contrato Electroperú-Casapalca establece en forma textual lo siguiente: "Ambas partes declararon conocer que el cliente tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de electricidad con Enersur celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual Enersur está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por EL CLIENTE con Enersur hasta el término del citado contrato".

Además deben tenerse en cuenta las siguientes cláusulas contractuales:

- a) Cláusulas 3.1 y 3.2 de dicho Contrato establece los compromisos máximos de suministro de potencia y de la energía de ELECTROPERÚ a CASAPALCA, adicionales al suministro de hasta 4,5 MW contratado por esta última con ENERSUR, conforme lo prescribe la cláusula 4.1 del citado Contrato.

768
Setecientos
sesentinueve

- b) la cláusula 3.4 prescribe: "Las partes convienen que el suministro objeto del contrato tiene carácter de exclusividad; por lo que EL CLIENTE no podrá contratar con otros proveedores sus requerimientos adicionales de potencia y energía, respecto a los compromisos máximos de suministro de potencia y energía establecidos en 3.1 y 3.2 respectivamente, excepto cuando EL CLIENTE hubiera contratado con otro proveedor parte de sus requerimientos de suministro de electricidad en fecha anterior a la de la suscripción del presente contrato o la generadora hubiera denegado al cliente su solicitud de aumento de potencia...".
- c) Cláusula sexta regula el procedimiento de facturación y pago, en el cual se detalla la forma en la que ELECTROPERÚ emite las facturas a CASAPALCA y el procedimiento que tiene esta empresa para observar las facturas que considera que no se ajustan a derecho, sin embargo, como podrá apreciar el Tribunal CASAPALCA no ha observado ninguna de las facturas correspondientes al período mayo 2006 a febrero 2009, por lo que además de lo expuesto, cualquier pretensión de modificación de dichas facturas resultaría extemporáneo.
- d) Cláusula décimo octava regula el procedimiento de modificación contractual y expresamente señala que de darse "tendrán validez solo a partir de la fecha en que fueran suscritas por sus representantes autorizados". Es decir, cualquier aumento en la potencia contratada, y su correspondiente energía asociada, solo sería aplicable desde la oportunidad en que se suscriba la adenda correspondiente, lo cual es imposible para el período ya devengado de mayo 2006 a febrero 2009.

POR TANTO:

Solicitamos tener presente lo expuesto y por absuelta la apelación de CASAPALCA, debiendo en su oportunidad confirmar lo resuelto por el Cuerpo Colegiado Ad Hoc de OSINERGMIN en la resolución impugnada.

700
Setecientos
setenta y ocho

OTROSÍ DECIMOS: ANEXOS

En calidad de anexos cumplimos con adjuntar lo siguiente:

3. A. Copia de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 3 de mayo de 2012 (expediente N° 4622-2011-PA/TC).

Lima, 18 de junio de 2012


JUAN H. PEÑA ACEVEDO
Apoderado
CAL 22398
ELECTROPERU S.A.

ANEXO 9:
Resolución del Tribunal de
Solución de Controversias
N° 006-2012-TSC/66-2012-
TSC-OSINERGMIN, que
resuelve en segunda y
última instancia
administrativa.

986
Muecuentos
autenticar

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 006-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN**

Expediente : 66-2012-TSC-OSINERGMIN.

Partes : EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.- ELECTROPERÚ
S.A.
COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.

Materia : Retiro de potencia y energía activa sin respaldo contractual.

Apelante : COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.

**Resoluciones
Impugnadas :** Resoluciones Nos. 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66.

Lima, 12 de setiembre de 2012.

SUMILLA:

Confirmar la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en el sentido que se declarará fundada la solicitud de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERU S.A. respecto del pago reclamado a COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a la generadora en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., en adelante CASAPALCA, contra las Resoluciones Nos. 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66, en la controversia seguida contra EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.- ELECTROPERÚ S.A., en adelante ELECTROPERÚ.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

- 1.1. El día 09 de diciembre de 2011, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201100163723, ELECTROPERÚ presentó reclamación contra CASAPALCA ante el OSINERGMIN.
- 1.2. El 12 de enero de 2012, mediante Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 012-2012-OS/CD, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, quienes resolvieron la presente controversia en primera instancia.

- 1.3. El 09 de febrero de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200020243, CASAPALCA dedujo excepciones de incompetencia y de prescripción extintiva y contestó la reclamación presentada por ELECTROPERÚ.
- 1.4. El 06 de marzo de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200033376, CASAPALCA solicitó pronunciamiento previo de la excepción de incompetencia.
- 1.5. Los días 29 de febrero de 2012 y 06 de marzo de 2012 se llevaron a cabo las sesiones de la Audiencia Única en la cual se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron y actuaron los medios probatorios presentados por las partes.
- 1.6. El 16 de marzo de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200039335, CASAPALCA solicitó la suspensión del procedimiento administrativo por existir supuesta prejudicialidad con el proceso de amparo que inició contra OSINERGMIN.
- 1.7. El 13 de abril de 2012, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2012-OS/CC-66, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc dio atención a los escritos mencionados en los numerales 1.3 respecto de la excepción de incompetencia, 1.4 y 1.6, denegando el pedido de suspensión del procedimiento planteado por CASAPALCA y resolvió la excepción de incompetencia, declarándola infundada.
- 1.8. Luego de verificadas todas las etapas procesales para el procedimiento de solución de controversias en primera instancia administrativa, el 19 de abril de 2012, mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 006-2012-OS/CC-66, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc resolvió:
- a) Declarar infundada la excepción de prescripción extintiva deducida por CASAPALCA.
 - b) Declarar fundada la solicitud de ELECTROPERÚ respecto del pago reclamado a CASAPALCA por S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84 incluyendo IGV), por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a ELECTROPERÚ en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.
 - c) Declarar fundada la solicitud de ELECTROPERÚ respecto del pago de intereses y declarar que CASAPALCA debe pagar por este concepto a ELECTROPERÚ.
 - d) Declarar infundada la solicitud del pago de costas y costos de ELECTROPERÚ.
- 1.9. El 17 de mayo de 2012, dentro del plazo de ley, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente N° 201200071922, CASAPALCA interpuso recurso de apelación contra las Resoluciones Nos. 005-2012-OS/CC-66 y 006-2012-OS/CC-66.
- 1.10. El 18 de mayo de 2012, mediante la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 007-2012-OS/CC-66, se concedió el recurso de apelación interpuesto por CASAPALCA.

Resolución Final
N° 006-2012-TSC

994
Novecientos
setenta y cuatro

- 1.11. El 22 de mayo de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 001-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, se corrió traslado a ELECTROPERÚ del recurso de apelación interpuesto y se le otorgó un plazo de 15 días hábiles para que lo absuelva.
- 1.12. El 18 de junio de 2012, mediante escrito con registro de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expediente Nº 201200128669, ELECTROPERÚ absolvió el recurso de apelación interpuesto por CASAPALCA.
- 1.13. El 19 de junio de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 002-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, se citó a las partes para la Audiencia de Vista de la Causa para el día 04 de julio de 2012.
- 1.14. El 04 de julio de 2012 se llevó a cabo la Vista de la Causa con la asistencia de los representantes de ambas partes.
- 1.15. El 11 de julio 2012, mediante escritos con registros de Mesa de Partes del OSINERGMIN Expedientes Nos. 201200140638 y 201200140904 CASAPALCA y ELECTROPERÚ, respectivamente, presentaron sus alegatos.
- 1.16. El 07 de agosto de 2012, mediante Resolución del Tribunal de Solución de Controversias Nº 004-2012-TSC/66-2012-TSC-OSINERGMIN, se amplió por única vez el plazo de expedición de la resolución final por el plazo de veinte (20) días hábiles.
- 1.17. El 08 de agosto de 2012, CASAPALCA solicita la suspensión del presente procedimiento por existir prejudicialidad por inicio de proceso de amparo seguido contra OSINERGMIN.
- 1.18. Habiéndose cumplido con todas las etapas previstas en el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, en adelante ROSC, y en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, en adelante LPAG, el presente procedimiento se encuentra expedito para ser resuelto en segunda y última instancia administrativa.

2. Argumentos de las partes:

2.1. DE LA RECLAMANTE CASAPALCA

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de interposición del recurso de apelación contra lo dispuesto en las Resoluciones de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc Nos. Nº 005-2012-OS/CC-66 y Nº 006-2012-OS/CC-66, en la Audiencia de Vista de la Causa y lo expresado en sus alegatos finales, CASAPALCA sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

2.1.1. Sobre la Excepción de Incompetencia:

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 427º del Código Procesal Civil¹ -de aplicación

¹ Texto Único Ordenado, aprobado por Resolución Ministerial Nº 010-93-JUS, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 22 de abril de 1993.

supletoria al presente procedimiento administrativo-, el juez debe declarar la improcedencia de la demanda cuando éste carezca de competencia.

- CASAPALCA manifiesta que si bien de acuerdo con el ROSC, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para conocer controversias entre generadores y clientes libres, relacionadas con materias técnicas, regulatorias y normativas; en este caso no lo es, porque no se verifica controversia alguna entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA relativa a materia técnica ni regulatoria ni normativa.
- CASAPALCA argumenta que si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43° de Ley de Concesiones Eléctricas², en adelante LCE, los precios de retiros de potencia y energía están sometidos a regulación (es decir, no pueden ser materia de pacto libre entre las partes), ello no fundamenta ni determina de modo alguno que la controversia originada entre las partes, sea regulatoria; caso contrario, la discusión tendría que sustentarse en distintas o discrepantes interpretaciones de estas empresas sobre regulación.
- CASAPALCA reconoce que efectuó retiros de potencia y energía del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, en adelante SEIN, durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009 y que el Comité de Operación Económica del Sistema, en adelante COES, asignó esos retiros a ELECTROPERÚ a un precio determinado. Precisa que éstos no estaban amparados en relación contractual alguna con ELECTROPERÚ.
- A decir de CASAPALCA, la única materia que podría estar en discusión entre las referidas empresas es una de naturaleza civil y circunscrita a la existencia de un requerimiento de dar suma de dinero por parte de ELECTROPERÚ y a una negativa de CASAPALCA para atender el pedido. Agrega que en virtud de ello, el requerimiento de ELECTROPERÚ se enmarca dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual y no versa sobre aspectos técnicos, regulatorios o normativos que deban ser resueltos por OSINERGMIN.
- Agrega que por los fundamentos expuestos, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, en mérito de la excepción de incompetencia deducida por CASAPALCA, debió declarar improcedente la reclamación presentada por ELECTROPERÚ y por el contrario, declaró infundada la excepción.
- Para CASAPALCA el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc contraviene lo dispuesto por el Código Procesal Civil y por tanto, constituye un vicio de la Resolución N° 005-2012-OS/CC-66 que causa su nulidad de pleno derecho, de acuerdo con lo que establece el numeral 1 del artículo 10° de la LPAG.

² Decreto Ley N° 25844, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 19 de noviembre de 1992.

992
Abreviando
potenciales

2.1.1.1. Sobre la validez de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66:

a. Defectos de motivación:

- CASAPALCA dice que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para sustentar su competencia, entre otros aspectos, señala que el petitorio de ELECTROPERÚ está vinculado a una controversia relacionada a temas regulatorios y normativos.
- Para sustentar la relación de la presente controversia con aspectos regulatorios, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, básicamente, señala que: (i) la controversia tiene su origen en retiros sin contratos en el mercado de corto plazo que administra el COES en mérito de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico eléctrico vigente, y (ii) dichos retiros están sujetos a regulación de precios en mérito de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico eléctrico vigente.
- CASAPALCA advierte que la referida motivación solo es aparente, dado que, si bien es cierto que: a) el requerimiento de dar suma de dinero que ELECTROPERÚ ha hecho a CASAPALCA en octubre de 2011, tiene su origen en los retiros de potencia y energía sin contrato que realizó en el mercado de corto plazo, en adelante MCP, administrado por el COES durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009; b) de conformidad con lo dispuesto por el inciso d) del artículo 43º de la LCE, y el inciso g) del artículo 14º de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica³, en adelante Ley de Desarrollo Eficiente, los retiros de potencia y energía realizados en el mercado de corto plazo administrado por el COES que efectúen los usuarios libres, integrantes de dicha entidad, son determinados y valorizados por el COES, según precios regulados; y, c) la actividad de administración del COES antes referida es regulatoria; ello de forma alguna valida que se pueda afirmar que la controversia originada por el pedido de dar suma de dinero que ELECTROPERÚ ha hecho a CASAPALCA y la negativa de ésta a pagar, tenga carácter o esté relacionado a un aspecto regulatorio, sino más bien tiene naturaleza o relación con materia estrictamente civil.
- CASAPALCA argumenta que es errado señalar que, tal como lo ha hecho el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, la labor del COES de administrar el MCP, a través de la determinación y valorización de retiros, es una actividad regulatoria, por cuanto, en estricto, ésta es solo una actividad operativa para el correcto funcionamiento del SEIN de acuerdo con lo que dispone la Ley de Desarrollo Eficiente. En el supuesto que sí fuera una actividad regulatoria, tampoco sustentaría que la presente controversia que pudiese existir está relacionada con materia regulatoria.
- CASAPALCA señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para sustentar la relación de la controversia con aspectos normativos, argumenta lo

³ Ley Nº 28832, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 23 de julio de 2006.

991
Novecientos
setenta y uno

siguiente: (i) la controversia atañe a reglas y mecanismos que definen la operación del MCP, que están determinados por una norma sectorial, y cuyo cumplimiento debe ser garantizado por el OSINERGMIN; (ii) los procedimientos aprobados por el OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio por parte de todos los agentes; (iii) si bien no ha existido un procedimiento aprobado por el OSINERGMIN específicamente que regule como el COES debía valorizar y asignar retiros del SEIN, en casos como el de materia de litis, el COES, en este supuesto, utilizó el procedimiento aprobado por el OSINERGMIN para valorizar y asignar retiros entre generadores (Procedimiento Nº 10), y este procedimiento se sustenta en lo dispuesto en los artículos 107º y 108º del Reglamento de la LCE⁴, en adelante RLCE; (iv) CASAPALCA ha arreglado, según acuerdos privados, con otras empresas generadoras a las cuales el COES también asignó sus retiros verificados en el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, lo cual es una convalidación indirecta de parte de CASAPALCA con lo realizado por el COES; (v) de acuerdo con el artículo 31º del Reglamento General del OSINERGMIN⁵, en adelante el Reglamento del OSINERGMIN, la función supervisora permite al OSINERGMIN supervisar el cumplimiento de obligaciones legales por parte de empresas que realizan actividades sujetas a su competencia; y, (vi) de acuerdo con el inciso c) del artículo 201º del RLCE, constituye un incumplimiento sancionable por OSINERGMIN no realizar los pagos por transferencias y compensaciones dispuestas por el COES.

- CASAPALCA señala que sobre la base de lo expuesto en el párrafo anterior, se advierte un grave problema de motivación. De forma tal que no solo se verifica una situación de motivación aparente, sino también se verifica una situación de falta de motivación interna del razonamiento, es decir, invalidez de inferencias a partir de las premisas que se establecen y existencia de incoherencias narrativas que se presenta como discurso absolutamente confuso e incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.
- CASAPALCA menciona que en la resolución impugnada se menciona que: i) el COES ha efectuado en el caso particular valorizaciones y asignaciones en mérito del Procedimiento Nº 10; ii) el Procedimiento Nº 10 encuentra sustento, para el caso de los integrantes del COES, en el inciso g) del artículo 14º de la Ley de Desarrollo Eficiente y en los artículos 107º y 108º del RLCE, y iii) en virtud del Reglamento del COES⁶, los Procedimientos aprobados por OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los agentes; no argumenta de forma alguna que la controversia entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA esté relacionada con un tema normativo.
- CASAPALCA indica que el hecho que haya suscrito acuerdos privados con otras empresas generadoras implica el pago de sumas de dinero distintas a las contenidas en las valorizaciones y asignaciones hechas por el COES.

⁴ Aprobado por Decreto Supremo Nº 009-93 -EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25 de febrero de 1993.

⁵ Aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 09 de mayo de 2001.

⁶ Aprobado por Decreto Supremo Nº 027-2008-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 03 de mayo de 2008.

970
Aveamiento
Retente

- Agrega que el hecho que OSINERGMIN, como parte de su función fiscalizadora, pueda supervisar el cumplimiento de obligaciones legales por parte de empresas que realizan actividades bajo su competencia, tampoco resulta ser un argumento que sustente la competencia del OSINERGMIN para avocarse al pedido de ELECTROPERÚ en un procedimiento administrativo de solución de controversias.
- CASAPALCA precisa que lo dispuesto por el inciso c) del artículo 201° del RLCE que establece que constituye un incumplimiento sancionable por OSINERGMIN el no realizar los pagos por transferencias, no abona en la tesis que el OSINERGMIN es competente para avocarse a la atención del pedido de ELECTROPERÚ en la vía del procedimiento de solución de controversias, sino que podría en todo caso, implicar una sanción administrativa.
- Sobre este punto, CASAPALCA concluye que la Resolución N° 005-2012-OS/CC-66 presenta evidentes problemas en cuanto a su motivación. Añade que debe tenerse en cuenta que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la LPAG, la motivación es un requisito de validez del acto administrativo y obliga a que el acto administrativo deba estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento; (ii) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° de la LPAG, la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado; y, (iii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; por lo que, debe declararse la nulidad de la Resolución N° 005-2012-OS/CC-66 por defecto de motivación.

b. Defecto del objeto o contenido:

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 3° de la LPAG, el contenido del acto administrativo se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y que comprenda las cuestiones surgidas de la motivación.
- Agrega que se debe tomar en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la LPAG el objeto o contenido es un requisito del acto administrativo; y (ii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo. Por tanto, debe declararse la nulidad del pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc por defecto en relación a su objeto o contenido.

2.1.2. Sobre la Excepción de Prescripción Extintiva:

- CASAPALCA solicita al Tribunal que se pronuncie sobre la excepción de prescripción extintiva que dedujo, solo en el supuesto que se

969
Novecientos
sesentinueve

confirme la Resolución del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que rechaza la excepción de incompetencia.

2.1.2.1. Errores manifiestos de la resolución impugnada:

- CASAPALCA señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha expresado argumentos que no guardan conexión lógica o resultan impertinentes con relación al asunto concreto que debió resolver, que era delimitar cuál es la naturaleza de la relación jurídica que existe entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA. Es decir, si nos encontramos frente a un contrato (relación jurídica contractual) o ante una relación jurídica extracontractual.
- Sin embargo, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha realizado afirmaciones genéricas, desvinculadas con el problema que estaba llamado a resolver. En ese sentido, en buena parte de la resolución impugnada se hace referencia a la naturaleza del mercado de energía eléctrica. Luego, se mencionan las características del MCP, señalando que el MCP está regulado por la LCE y la Ley de Desarrollo Eficiente.
- CASAPALCA manifiesta que el hecho que la Ley establezca un valor de potencia y energía no genera que estemos frente a una relación jurídica contractual. En muchos ámbitos del comercio y de la sociedad el Estado regula precios, realiza supervisión y fiscalización; sin embargo, no por ello podemos afirmar que en estos ámbitos existan relaciones contractuales en aquellos casos que terceros consuman bienes sin autorización o contrato.
- CASAPALCA argumenta que sin perjuicio de la indebida motivación en la que incurre la resolución apelada, existen otros graves errores de hecho y derecho que determinan que el Tribunal deje sin efecto lo resuelto respecto de la excepción de prescripción extintiva y la declare fundada.
- Agrega que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha señalado que existiría un "servicio" prestado por parte de ELECTROPERÚ a CASAPALCA y que existiría un "suministro de electricidad", es decir, estaría afirmando que un usuario sin contrato, que realizó retiros sin contrato, tiene a su vez, un "contrato" de suministro con ELECTROPERÚ. Evidentemente, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc incurre en un grave error, al considerar que existiría un servicio prestado por ELECTROPERÚ a favor de la recurrente y que ello implica la existencia de un contrato entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ.
- CASAPALCA sostiene que el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc no solo resulta absurdo al considerar que un usuario sin contrato, que realiza retiros, tenga a su vez, un contrato con un generador. Sino que además es importante que el Tribunal tenga en cuenta que no resulta posible sostener válidamente la existencia de un contrato de suministro en esta situación, ya que jamás existió un "acuerdo de voluntades" para vincularse por medio de un contrato.

968
Asesoría
Resentados

- Añade que tampoco puede afirmarse válidamente que existe un contrato, cuando esa posibilidad no se encuentra regulada expresamente en una norma y cuando no se presentan las características de un contrato.
- Otro error en el que incurre el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es considerar que CASAPALCA habría estado vinculado a las decisiones del COES respecto del recalcule de valorizaciones, por cuanto en realidad CASAPALCA nunca fue notificada con las valorizaciones, en la medida que es miembro integrante del COES a partir de mayo de 2011. Pese a ello, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc basándose en suposiciones, concluye que se habrían vulnerado e inclusive consentido las decisiones del COES.
- CASAPALCA señala que nunca ha estado obligada a integrar el COES. Agrega que antes de la entrada en vigencia del Reglamento del COES, la única norma que regulaba quienes debían ser integrantes del COES era el RLCE, el cual solo obligaba a ello a los generadores con una potencia efectiva mayor al 1% de la generación del SEIN y a los titulares del Sistema Principal de Transmisión. Para corroborar ello, basta revisar el artículo 81º de la RLCE.
- A decir de CASAPALCA, con la entrada en vigencia del Reglamento del COES, se obligó a ser integrante del COES, entre otros, a los clientes libres cuya máxima demanda contratada en el SEIN fuese igual o mayor a 10MW. Así, en la medida que la demanda contratada de CASAPALCA en el SEIN no fue igual o mayor a 10MW con posterioridad a la entrada en vigencia del Reglamento del COES y durante todo el tiempo en que se realizaron los retiros, CASAPALCA no tuvo la obligación de ser integrante del COES a propósito de lo regulado por dicha norma. Para corroborar ello basta atender al artículo 3º de la referida norma.
- Agrega que no impugnó las valorizaciones ni asignaciones efectuadas a favor de ELECTROPERÚ en febrero de 2009, porque nunca fue notificada por el COES por no ser a esa fecha integrante registrado de la referida entidad, sino recién hasta el 23 de mayo de 2011.
- Finalmente, de acuerdo con los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es aplicable al presente caso el plazo establecido en el numeral 1 del artículo 2001º del Código Civil. Es decir, para el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc la reclamación de ELECTROPERÚ es una acción personal que prescribe a los 10 años.
- No obstante, si ello fuera así, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estaría cayendo en una clara contradicción de acuerdo con sus argumentos al resolver la excepción de incompetencia, pues entonces, no existiría controversia técnica, regulatoria o normativa, sino que estaríamos frente a una acción personal, es decir, el simple incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, como por ejemplo, el pago de una deuda.

967
Novecientos
sesentí siete

2.1.2.2. Contravención a lo dispuesto por el Código Civil:

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1989° del Código Civil la prescripción extingue la acción y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2001° del mismo texto normativo, la acción por responsabilidad civil extracontractual prescribe a los 2 años. Y de otro lado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1993° del Código Civil, la prescripción comienza a correr el día en que puede ejercitarse la acción.
- Teniendo en cuenta lo anterior, en el hipotético caso que OSINERGMIN tuviera competencia, tampoco podría resolver la presente controversia máxime si: (i) las últimas valorizaciones y asignaciones hechas por el COES en las que ELECTROPERÚ sustentaría su requerimiento de dar suma de dinero a CASAPALCA, según la información proporcionada por ELECTROPERÚ fueron emitidas por el COES en febrero de 2009; (ii) actualmente, se ha verificado el transcurso de más de 2 años desde que ELECTROPERÚ conoció las valorizaciones y asignaciones hechas por el COES respecto de los retiros de potencia y energía sin contrato del SEIN efectuados por CASAPALCA durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009.
- Añade que atendiendo a que el requerimiento de ELECTROPERÚ para que le dé una determinada suma de dinero por concepto de los retiros que efectuó sin contrato del SEIN, valorizados y asignados por el COES, recién se verificó en octubre de 2011, es claro que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc al desestimar la excepción de prescripción extintiva formulada por CASAPALCA ha ido en contra de lo dispuesto por el Código Civil.
- CASAPALCA sostiene que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; por lo que, debe declararse la nulidad de la Resolución N° 006- 2012-OS/CC-66.
- CASAPALCA reitera que el pedido de dar suma de dinero solicitada por ELECTROPERÚ tiene calidad indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, toda vez que, de un lado, según ELECTROPERÚ, el pedido de dar suma de dinero encontraría su sustento en los retiros efectuados del SEIN sin respaldo contractual, y de otro lado, el hecho que el COES haya tenido que ordenar a ELECTROPERÚ despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de demanda sin respaldo contractual durante mayo de 2006 y febrero de 2009, y luego haya asignado a dicha carga un precio determinado en cabeza de ELECTROPERÚ, puede haber causado en el generador la pérdida de la posibilidad de asignar por sí sola esa carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste.
- CASAPALCA señala que distinta es una situación en la cual un cliente libre, como CASAPALCA, hace retiros del SEIN, según un contrato de compraventa de electricidad suscrito con una generadora en particular,

966
Noviembre
Reem b. seis

como ELECTROPERÚ, en donde el pago que la referida empresa generadora podría exigir al cliente libre, se sustentaría en una obligación contractual de forma tal que lo que tendría el generador frente al cliente libre sería una acción personal. Sin embargo, inclusive, en ese caso, de verificarse la renuencia del cliente libre para atender el requerimiento de pago del generador, el único competente para ordenar el pago sería el juez o árbitro, pero de ninguna forma lo sería OSINERGMIN.

- CASAPALCA precisa que el hecho que el COES haya valorizado y asignado dichos retiros a ELECTROPERÚ, no modifica en lo absoluto la naturaleza extracontractual del pedido de ELECTROPERÚ. Agrega que para que exista un contrato de compraventa de electricidad y por tanto responsabilidad contractual por incumplimiento de éste, debe existir un vendedor y un comprador identificados, objeto cierto materia de la transacción, un precio determinado para ello, y voluntad manifestada de las partes para realizar el negocio. En el presente caso, no se han dado los presupuestos antes señalados, el hecho que el COES haya efectuado valorizaciones y asignaciones con respecto de los retiros realizados por CASAPALCA del SEIN en "cabeza" de ELECTROPERÚ, no determina el establecimiento de un contrato entre las partes, máxime si ni siquiera existe norma alguna de la cual pueda desprenderse que al efectuar una empresa no integrante del COES retiros sin contrato del SEIN, acepta que el COES establezca un contrato de compraventa de electricidad entre dicha empresa no integrante del COES y un generador.
- Añade CASAPALCA que para hablar de responsabilidad civil extracontractual debe verificarse un daño producido por una persona a otra en un contexto en el cual no exista relación contractual alguna entre ellas; y, en el presente caso, la solicitud de pago de ELECTROPERÚ no está sustentada en contrato de compraventa de electricidad, tampoco el daño que podría haber sufrido, representado por el hecho que el COES haya tenido que ordenar a esa empresa despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de la demanda sin respaldo contractual durante el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009 y haya asignado a esa carga un precio determinado en cabeza de ELECTROPERÚ, y por tanto, haya hecho perder a ELECTROPERÚ la posibilidad de asignar por sí sola la referida carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste.

2.1.2.3. Defectos en relación a los requisitos de validez de la Resolución Nº 006-2012-OS/CC-66:

a. Defectos de motivación:

- CASAPALCA sostiene que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, para sustentar la desestimación de la prescripción extintiva deducida, básicamente señala: (i) la función administrativa que realiza el COES en el MCP en cumplimiento del ordenamiento jurídico eléctrico vigente; (ii) las transacciones en el MCP están sujetas a regulación de precios, según lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43º de la LCE; (iii) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la LCE, tanto el

965

Novecientos
sesenta y cinco

Ministerio de Energía y Minas, como el OSINERGMIN son competentes para velar por el cumplimiento de dicha norma; (iv) lo reclamado es una acreencia por la prestación de un servicio por parte de un generador, administrado por el COES, y cuyo monto ha sido determinado por esa entidad en cumplimiento de las competencias que tiene en mérito de la LCE y la Ley de Desarrollo Eficiente, y (v) el pago por las transferencias de energía en el MCP es una figura regulada por el sector eléctrico para contrarrestar los desbalances que se producen en el mercado eléctrico por los ingresos y retiros de energía y potencia, a fin de garantizar su estabilidad y eficiencia.

- CASAPALCA señala que si bien la función administrativa que cumple el COES en el SEIN consiste en ordenar el despacho de electricidad por parte de los generadores para que exista "calce" perfecto entre la oferta y la demanda, y en realizar las valorizaciones y asignaciones a que hubiere lugar entre los integrantes del COES.
- Añade que el hecho que el COES haya, primero, ordenado mayor despacho a ELECTROPERÚ del contratado entre el período comprendido entre febrero de 2006 y mayo de 2009, y luego haya valorizado y asignado la mayor carga de demanda correspondiente a los retiros de CASAPALCA en ese período en "cabeza" de ELECTROPERÚ; solo ha importado el establecimiento del monto que, a criterio del COES, correspondería que ELECTROPERÚ cobre a CASAPALCA por los retiros que ésta realizó del SEIN durante el referido período. Agrega que esto no descarta que el pedido de dar suma de dinero de ELECTROPERÚ constituye un pedido extracontractual, habida cuenta que: (i) no existió contrato suscrito entre ELECTROPERÚ y CASAPALCA; y (ii) el daño que se podría haber producido a ELECTROPERÚ con los retiros hechos por CASAPALCA en el período antes aludido, debido al mayor despacho que tuvo que ordenar el COES al generador para atender las cargas de demanda sin contrato como la de CASAPALCA y la pérdida de posibilidad de que ELECTROPERÚ pudiese contratar esa mayor carga con otros agentes a precios libres.
- A decir de CASAPALCA, la afirmación del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc de que el pago por las transferencias de energía en el MCP es una figura regulada por el sector eléctrico para contrarrestar los desbalances que se producen por los ingresos y retiros de energía y potencia que se verifican en MCP, a fin de garantizar su estabilidad y eficiencia; es incorrecta y además, no sustenta que el reclamo de ELECTROPERÚ no sea de naturaleza extracontractual.
- CASAPALCA dice que para evitar desbalances de energía y propiciar la estabilidad y eficiencia del SEIN se le ha dado al COES la función operativa de administrar el despacho de energía del SEIN y luego valorizar y asignar retiros. Sin embargo, el pago por retiros con o sin contrato, es un aspecto comercial entre los agentes que inyectan y retiran electricidad del SEIN, según corresponda, que nada tiene que ver con el funcionamiento ni la estabilidad y eficiencia de dicho sistema.
- CASAPALCA argumenta que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la LPAG la motivación es un requisito de validez del acto

964
Anexo
Resolución

administrativo, la que obliga a que el acto administrativo deba estar motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Añade que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° de la LPAG, la motivación deberá ser expresa mediante una relación concreta y directa de los hechos probados del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado, y de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG, es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo. Por lo tanto, debe declararse la nulidad de Resolución N° 006- 2012-OS/CC-66 por defecto en relación a su motivación.

b. Defecto del objeto o contenido:

- CASAPALCA señala que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 3° de la LPAG, el contenido del acto administrativo se debe ajustar al ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y que comprenda las cuestiones surgidas de la motivación.
- CASAPALCA agrega que teniendo en consideración que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la LPAG, el objeto o contenido es un requisito del acto administrativo; y (ii) de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG es un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho, el defecto de los requisitos de validez del acto administrativo; debe declararse la nulidad de la Resolución impugnada por defecto en relación a su objeto o contenido, al ser contraria a lo dispuesto por el Código Civil.

2.1.3. Sobre la incorrección de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para pronunciarse sobre el petitorio de ELECTROPERÚ:

- CASAPALCA señala que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sustenta su pronunciamiento sobre la base de los siguientes argumentos: i) las funciones del COES; ii) los precios por los retiros de energía están sujetos a regulación; (iii) el COES hizo uso del Procedimiento N° 10 para valorizar y asignar los retiros de CASAPALCA en "cabeza" de ELECTROPERÚ; (iv) CASAPALCA nunca cuestionó las valorizaciones y asignaciones efectuadas por el COES; (v) CASAPALCA pagó a otras generadoras bajo el mismo criterio del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc; y (vi) los artículos 41° de la LCE y 108° del RLCE (no vigentes), disponen que el COES debe garantizar a sus integrantes la compraventa de energía, y cada integrante del COES debe pagar los montos productos de las valorizaciones.
- CASAPALCA precisa que: i) ni el inciso b) del artículo 43° de la LCE ni el inciso g) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente ni los artículos 107° y 108° del RLCE (vigentes), establecen la facultad del COES de realizar valorizaciones y asignaciones a agentes no integrantes del COES (como lo fue CASAPALCA hasta el 23 de mayo de 2011), como sí lo hacen para los agentes integrantes; (ii) el hecho que el COES haya aplicado el Procedimiento N° 10 para hacer las

963
Novecientos
sesentitres

valorizaciones y asignaciones respecto de los retiros del SEIN realizados por CASAPALCA, no ha sido correcto, precisamente porque dicho procedimiento regula otro supuesto; (iii) el COES nunca notificó a CASAPALCA con las valorizaciones ni asignaciones efectuadas a favor de ELECTROPERÚ en febrero de 2009, toda vez que en aquella oportunidad, CASAPALCA no era integrante registrada del COES; (iv) CASAPALCA ha pagado a diversas generadoras por lo retiros sin contrato que realizó del SEIN según criterios privados acordados; (v) las versiones de los artículos 41° de la LCE y 108° del RLCE que disponían que el COES debe garantizar a sus integrantes la compraventa de energía y que cada integrante del COES debe pagar los montos producto de las valorizaciones, están hoy derogados; y, (vi) si acaso fuesen correctas y legales las valorizaciones y asignaciones realizadas por el COES, el tema del pago resultante de éstas es un tema netamente comercial (civil) que debe ser arreglado por las partes o en todo caso si lo que se pretende es una orden de pago ésta debe ser dada por un juez.

- CASAPALCA sostiene que los retiros efectuados entre los meses de mayo 2006 a febrero 2009 fueron en virtud al Contrato de Suministro celebrado entre CASAPALCA y ENESUR S.A., en adelante Contrato ENERSUR, el cual estuvo vigente hasta febrero de 2009. Añade que este contrato ha sido objeto de un Proceso Arbitral mediante el cual se declaró que su resolución se produjo el 20 de mayo de 2006. Agrega que actualmente está en trámite ante el Tribunal Constitucional un proceso de amparo que inició, razón por la cual el Laudo no ha adquirido aún autoridad de cosa juzgada, siendo por tanto que la declaración de validez de la resolución del Contrato ENERSUR carece de irreversibilidad innata a la cosa juzgada.
- CASAPALCA argumenta que aun cuando el Poder Judicial declarase la ineficacia del Contrato ENERSUR; debe tenerse presente que CASAPALCA tenía desde el 1 de mayo de 2006 el "Contrato de Suministro de Electricidad a precio libre entre ELECTROPERÚ S.A. y CASAPALCA S.A.", en adelante Contrato ELECTROPERÚ, el cual fue suscrito con el objeto de brindar de manera exclusiva un suministro de electricidad en lo que exceda a la contratada a ENERSUR S.A., conforme lo estipulado en la cláusula 1.4 de dicho Contrato.
- Al respecto, CASAPALCA dice que si acaso el Contrato ENERSUR dejase de surtir efectos, deberá entenderse que los retiros de potencia y energía efectuados entre mayo de 2006 y febrero de 2009 se encuentran comprendidos dentro de los alcances del Contrato ELECTROPERÚ.
- CASAPALCA menciona que no reconoce las valorizaciones emitidas entre los meses de mayo de 2006 a febrero de 2009 debido a que sus retiros fueron clasificados por el COES como "retiros sin contrato", y como ha explicado, sus retiros tuvieron respaldo contractual.
- En ese sentido, CASAPALCA considera que los retiros de potencia y energía deben ser valorizados al precio estipulado en el Contrato ENERSUR, y en caso éste dejase de surtir efectos, al precio establecido en el Contrato ELECTROPERÚ.

962
Novedades
presentes

- CASAPALCA señala que mediante Carta N° CMC-004-10-GG, de fecha 19 de enero de 2010, solicitó a ELECTROPERÚ, sin perjuicio de los cuestionamientos mencionados, emita una liquidación por el consumo de energía desde el 20 de mayo de 2006 al 28 de febrero de 2009 sustentado en el Contrato ELECTROPERÚ.
- CASAPALCA concluye que reconoce los retiros que por potencia y energía se realizaron en el periodo mayo 2006 a febrero de 2009, pero no reconoce que éstos se hayan producido en la calidad de retiros sin contrato, sino bajo la existencia del Contrato ENERSUR y Contrato ELECTROPERÚ.
- Por último, CASAPALCA solicita la suspensión de la ejecución de las Resoluciones materia de impugnación, durante el trámite en esta instancia, toda vez que éstas contienen claros vicios de nulidad trascendente y en tanto que la dación de la suspensión solicitada, muy lejos de implicar un perjuicio al interés público y/o a terceros, implicaría por el contrario, salvaguardar correctamente sus derechos y prevería el eminente perjuicio que la ejecución de las resoluciones impugnadas podrían causar en el flujo normal de dinero de la recurrente; y por tanto, en el negocio regular, habida cuenta del ilegal mandado de devolución de dinero a favor de ELECTROPERÚ que los actos administrativos impugnados suponen.

2.2. DE LA RECLAMADA ELECTROPERÚ

De acuerdo con lo manifestado en su escrito de absolución de la apelación interpuesta por CASAPALCA, en la Audiencia de la Vista de la Causa, las diapositivas que adjuntó y lo expresado en sus alegatos finales, ELECTROPERÚ sustenta su posición principalmente en lo siguiente:

2.2.1. Sobre la Excepción de Incompetencia:

- ELECTROPERÚ señala que el OSINERGMIN tiene competencia para conocer las "controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres (...) relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN". Añade, que las conclusiones que extraen ambas partes de la citada disposición es radicalmente distinta, pues mientras CASAPALCA hace una interpretación muy restrictiva de lo que significa una controversia relacionada con aspectos técnicos, regulatorios y normativos, ELECTROPERÚ y la primera instancia tienen una interpretación más amplia.
- ELECTROPERÚ sostiene que para CASAPALCA las controversias relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios y normativos deben determinarse en aplicación de la definición que hacen las normas de las funciones normativas y regulatorias del OSINERGMIN; en ese sentido, habría que entender desde esa perspectiva que el primer tipo de controversias se refiere a las que se susciten con ocasión del ejercicio de la competencia del regulador para dictar normas, mientras que las que se presenten como consecuencia del ejercicio de la segunda serían las que tengan que ver con la fijación de las tarifas de servicio público de electricidad, así como del servicio

de transporte y distribución de hidrocarburos y gas natural, respectivamente, por ductos.

- A decir de ELECTROPERÚ, la interpretación literal que realiza CASAPALCA sería contradictoria con los propios términos normativos, por cuanto si las controversias regulatorias se refieren únicamente a aquellas que guardan relación con la fijación de tarifas del servicio público de electricidad ¿cómo podría haber una controversia regulatoria entre generadores y usuarios libres, si en este caso no hay tarifas ni tampoco existe propiamente un servicio público, al no estar destinada la energía al uso colectivo? Así, presenta la interrogante, o la norma es absurda, porque regula un supuesto de hecho que en la práctica no puede darse nunca, o la interpretación de controversia vinculada a aspectos regulatorios debe ir más allá de la mera función reguladora, tal como es establecida en la normativa aplicable.
- ELECTROPERÚ precisa que las controversias "regulatorias" van más allá de las tarifas del servicio público de electricidad, e incluirían también aquellas donde estuviera en discusión un precio regulado, como es aquel que debe pagar CASAPALCA por el retiro de potencia y energía sin contrato, que además es determinado por el COES y no libremente por las partes. Menciona lo dispuesto por el artículo 43º de la LCE.
- ELECTROPERÚ sostiene que se trata de un precio regulado, de modo que la controversia en torno a si se debe pagar o no es regulatoria y además, está sometido a fiscalización por parte de OSINERGMIN, tal es así que puede imponer una sanción en caso no se realicen los pagos de las transferencias y compensaciones ordenadas por el COES -según el artículo 201º del RLCE- por cuanto como se acepta pacíficamente, solo cabe atribuirle competencias sancionadoras a la Administración Pública en un ámbito que le corresponde supervisar, en virtud de la regulación sectorial.
- Para ELECTROPERÚ debe tenerse en cuenta que en este caso no solo está regulado el precio de la energía, sino el mercado en que se produce la transferencia y la propia obligación de pagar la suma establecida por el COES, que deriva de los artículos 107º y 108º del RLCE y del artículo 14º de la Ley de Desarrollo Eficiente, que le atribuye la facultad de determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES y, por tanto, lo que ha hecho el COES es determinar el contenido de una obligación que deriva del ordenamiento jurídico, en el marco de un mercado regulado y estableciendo un precio regulado.
- ELECTROPERÚ sostiene que las controversias "normativas", entendidas éstas como las que se deriven de la función normativa de OSINERGMIN, incluirían también a aquellas en donde se discute la aplicación que se hace de la normativa y no únicamente la normativa en sí misma.
- ELECTROPERÚ dice que no es cierto que en este caso no exista una controversia, y que únicamente se trate de una demanda de pago de dinero como argumenta CASAPALCA. Sostener ello, continua, es una manera de enfocar la cuestión de la competencia del OSINERGMIN absolutamente inconsistente con los preceptos que regulan la competencia en razón de la materia procesal civil o de un procedimiento administrativo trilateral. Además, precisa que el petitorio que consiste en dar suma de dinero no dice absolutamente nada en torno a la definición de la competencia en razón de la

960
Nueve
sesenta

materia, da ejemplos tales como que dar suma de dinero en materia de alimentos, en materia comercial, civil o regulatoria o fiscalización, tal como si debe y cuánto, un distribuidor que emplea instalaciones de propiedad de un transmisor.

- Para ELECTROPERÚ, el fundamento de la obligación (legal) de pago de las valorizaciones por parte de CASAPALCA, como usuario libre, a ELECTROPERÚ, como generador, se encuentra en una norma sectorial; la cual, en términos de derecho, singulariza el pedido de la suma reclamada por ELECTROPERÚ respecto de cualquier otro. Añade que, en términos fácticos, el pedido propuesto por ELECTROPERÚ depende de: (i) que CASAPALCA sea un agente directamente conectado al SEIN; (ii) que CASAPALCA haya retirado potencia y energía sin respaldo contractual, incurriendo en una hipótesis expresamente prevista como de regulación de precios; y, (iii) que el COES asignó a ELECTROPERÚ parte de esos retiros.
- Finalmente, ELECTROPERÚ señala que el argumento de CASAPALCA sobre la incompetencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc supone una censura por defecto de motivación. Agrega que un defecto de motivación supondría que la resolución que se impugna no pueda ser discutida porque no se conoce el itinerario lógico que justificó la decisión y, por lo tanto, no se puede siquiera afirmar que ésta es correcta o incorrecta. Dice que la sola existencia de los numerales 7 a 21 del recurso de apelación expuestas por la apelante y las explicaciones allí propuestas para demostrar que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc erró, demuestran que la resolución impugnada sí fue correctamente motivada.

2.2.2. Sobre la Excepción de Prescripción Extintiva:

- ELECTROPERÚ señala que CASAPALCA postula implícitamente, para invocar el plazo de prescripción aplicable a una hipótesis de responsabilidad extracontractual, que se debe clasificar a todas las obligaciones en contractuales o extracontractuales, entendiendo por estas últimas a aquellas que tienen una fuente distinta al contrato. Agrega, según la doctrina, por su fuente las obligaciones únicamente pueden emanar de la ley o de la voluntad⁷, a través de actos jurídicos en el Derecho Privado⁸; lo cual no implica que todas las obligaciones extracontractuales prescriban en el plazo de 2 años, establecido en el numeral 4, del artículo 2001º del Código Civil, pues éste se refiere exclusivamente a la acción mediante la cual se pide una indemnización como consecuencia de un daño, que no se hubiera producido en el marco de una relación contractual⁹.
- A decir de ELECTROPERÚ, la posición de CASAPALCA es errada, por cuanto no puede entenderse que el plazo para exigir el cumplimiento de todas las obligaciones no contractuales prescribe como regla general a los 2 años. Precisa que es una excepción al plazo general de 10 años para las acciones personales, dentro de las cuales estaría teóricamente la acción de responsabilidad extracontractual por daños¹⁰.

⁷ Cf. OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M., *Compendio de Derecho de las obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, p. 114 y ss.

⁸ O de actos administrativos en el Derecho Público, cabría agregar para contar con panorama completo.

⁹ VIDAL RAMÍREZ, F. La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano, con un estudio de la relación jurídica, Editorial Cuzco, Lima, Perú, 1985, p. 69.

¹⁰ Op. Cit. p. 160

959

Abueciento

cincuenta y nueve

- Para ELECTROPERÚ, CASAPALCA parte de una confusión entre la clasificación de las obligaciones según su fuente y la aplicación del numeral 4 del artículo 2001º del Código Civil para todas las no contractuales, desnaturalizando el carácter general del plazo de prescripción de la acción personal, que en ese caso nacería de la decisión del COES, en aplicación de la LCE, según ha sido modificada. Agrega que no se trata de una obligación contractual sino extracontractual y aclara que no está pidiendo una indemnización por los daños causados, sino el pago de los retiros de energía y potencia sin contrato realizada por CASAPALCA, como lo dispone la Ley y de acuerdo con las valorizaciones realizadas por el COES; por tanto, no cabe alegar que se trata de una obligación prescrita. En todo caso, el plazo prescriptorio aplicable a la acreencia de ELECTROPERÚ corresponderá a uno de 10 años de la acción personal, es decir, cuando una acción no es pasible de ser considerada en ninguno de los supuestos establecidos en el Código Civil se aplicará el plazo de la norma general de 10 años.
- ELECTROPERÚ argumenta que habiéndose establecido que el derecho que se reclama tiene un término de prescripción de 10 años, interesa examinar si es que existe alguna otra razón de mérito propuesta por CASAPALCA que impida amparar el pedido de ELECTROPERÚ. Señala que las defensas de la apelante han sido:
 - i. Existiría el Contrato ENERSUR, cuya resolución seguiría en discusión, pese a haberse confirmado ésta mediante un laudo arbitral.
 - ii. Sería aplicable, en caso el Contrato ENERSUR, no estuviera vigente, el Contrato ELECTROPERÚ.
 - iii. Que no era integrante del COES al momento en que se habrían realizado los retiros de energía y potencia, ni cuando se aprobaron las valorizaciones y por tanto, éstas no se le notificaron.
- Respecto de punto i) del párrafo anterior, ELECTROPERÚ indica que: (i) la resolución del Contrato ENERSUR fue declarada por un Tribunal Arbitral competente, en mérito de lo cual se procedió a recalcular las valorizaciones que la reclamada objeta; (ii) la impugnación judicial de ese laudo arbitral fue desestimada; y, (iii) que el amparo que se propuso contra la confirmación judicial de la validez del laudo también fue desestimado en última instancia por el Tribunal Constitucional.
- ELECTROPERÚ alega que los retiros materia de la controversia no pueden ser asignados al contrato que suscribió por cuanto se pactó un suministro diferente y por encima de las cantidades contratadas con ENERSUR, según lo estipulado en la cláusula 1.4 del Contrato ELECTROPERÚ que textualmente dice: *"ambas partes declararon conocer que el cliente tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de electricidad con ENERSUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por EL CLIENTE con ENERSUR hasta el término del citado contrato"*.
- ELECTROPERÚ sostiene que las partes en ningún momento han pactado que este contrato "cubriera" aquellos retiros que, por la resolución del Contrato ENERSUR, quedarían sin contrato. Alega que por el contrario, lo que las partes pactaron era un suministro diferente y por encima de las cantidades contratadas

958
Nueve
conveniente

por CASAPALCA con ENERSUR S.A. Añade que resulta imposible que el Contrato ELECTROPERÚ pudiera cubrir los retiros que, si CASAPALCA no perdía el arbitraje con ENERSUR S.A., hubiera cubierto esta última y por lo demás, tampoco está claro que la regulación permita a los generadores y/o usuarios libres acordar que la determinada energía sea, *ex post facto*, asignada a un contrato en lugar de a otro¹¹.

- En cuanto al argumento de CASAPALCA de negar su condición de miembro del COES al momento que las valorizaciones que comprendieron sus retiros sin respaldo contractual fueron reformuladas, como consecuencia de que un laudo arbitral validó la resolución del Contrato ENERSUR. ELECTROPERÚ precisa que la cuestión pasa por resolver si es que la obligación de pago resultante del inciso b) del artículo 43° de la LCE, según fuera modificado en el año 2006, requiere que CASAPALCA se inscriba en el COES formalmente.
- Sobre ese punto, ELECTROPERÚ dice que la obligación que resulta de la aplicación del inciso b) del citado artículo 43° no se refiere ni exige un *Integrante Obligatorio formalmente registrado* para que se desplieguen sus efectos, como parece postular CASAPALCA. Por el contrario, a su entender, lo que expresamente dispone dicha norma es que está sujeto a valorización de precios el retiro que hace un usuario libre, lo cual se realizara de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente. Esta norma establece que es una función operativa del COES determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes y el artículo 1° de la Ley de Desarrollo Eficiente incluye como agente a los usuarios libres, condición esta última que CASAPALCA no niega tener.
- Además, el numeral 2 del artículo 12° de la Ley de Desarrollo Eficiente establece que el COES *"Está conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes"*. La norma en cuestión es imperativa y no autoriza a los agentes a definir a partir de cuándo pertenecen al COES. Lo mismo resulta del artículo 3° del Reglamento del COES conforme al cual *"Los nuevos Agentes o los existentes que se conectan al SEIN, pasan a ser Integrantes del COES conforme a lo establecido en el presente artículo"*. Dada la naturaleza del COES (o de un Operador de la Red) simplemente no es posible que un integrante pueda decidir si será o no miembro y desde cuándo. Agrega que la propia CASAPALCA se ha encargado de demostrar que, específicamente, es un integrante obligatorio.
- ELECTROPERÚ concluye que la condición de integrante -y de integrante obligatorio- que tiene CASAPALCA respecto del COES no deriva de su inscripción formal, cuando así lo solicite, sino que en realidad viene impuesta por el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, indica que, en todo caso, la condición de precio regulado en el caso del retiro de energía o potencia sin contrato no depende tampoco de la inscripción en el COES, sino de la condición de usuario libre de CASAPALCA, como se desprende de lo dispuesto por el inciso b) del artículo 43° de la LCE, según fuera modificado, justamente cuando se varió también quienes eran los integrantes del COES, imponiéndose a los usuarios libres tal condición, de pleno derecho.

¹¹ Nótese que la condición de superavitario o deficitario de un generador o de otro se definen en función de los compromisos contractuales que, *de antemano*, esta informa al COES como parte de sus obligaciones.

957
Novecientos
cincuenta y siete

Resolución del Tribunal de Solución de Controversias
OSINERGMIN
N° 006-2012-TSC/66-2012-OSINERGMIN

3. Análisis del Tribunal

3.1. Sobre la suspensión del presente procedimiento:

CASAPALCA solicita la suspensión del presente procedimiento argumentando que existe prejudicialidad por el inicio de proceso de amparo seguido contra OSINERGMIN, en el cual se está discutiendo la competencia del regulador para conocer la presente controversia.

Cabe destacar que la misma solicitud fue presentada por CASAPALCA en primera instancia ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, el cual resolvió desestimando la citada solicitud sobre la base del análisis que efectuó.

En tal sentido, correspondía impugnar la decisión del juzgador de primera instancia de conformidad con lo dispuesto por los artículos 47°¹² del ROSC y 206°¹³ de la LPAG, al no haberse interpuesto recurso alguno contra ese pronunciamiento ha quedado consentido; sin embargo, siendo un nuevo pedido presentado ante esta instancia, el Tribunal va a atenderlo.

Al respecto, este Tribunal comparte los criterios asumidos por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, y que además encuentra correlato en la doctrina¹⁴, en el sentido que del análisis de lo que establece el artículo 64° de la LPAG -disposición aplicable y sobre la cual CASAPALCA sustenta su pedido-, concordado con lo dispuesto por el artículo 99° del Reglamento del OSINERGMIN -norma que rige las actuaciones de este Organismo Regulador- y por el artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵, se desprende la necesidad que se cumplan ciertos presupuestos o requisitos para que proceda la inhibición de la autoridad administrativa que viene conociendo una causa y en consecuencia declare la suspensión del procedimiento.

Los dispositivos mencionados textualmente señalan:

LPAG:

"Artículo 64°.- Conflicto con la función jurisdiccional.

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser

¹² ROSC:

"Artículo 47°.- Recurso de Apelación.

El único recurso impugnativo que las partes podrán interponer es el de Apelación, en los casos indicados en el artículo 206° numeral 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. También procede contra la Resolución que dicta una medida cautelar.

(...):

¹³ LPAG:

"Artículo 206°.- Facultad de contradicción.

206.1 Conforme a lo señalado en el artículo 108°, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma".

¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición, 2011, p. 315.

¹⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 02 de junio de 1993.

986
Abreviatura
circunscritas

esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio. (...)"
(Subrayado nuestro).

Reglamento del OSINERGMIN:

"Artículo 99º.- Suspensión de Procedimientos Administrativos.

Los ORGANOS DE OSINERG suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se sigan, sólo en caso de que se pruebe preexistencia de un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del ORGANO DE OSINERG correspondiente, precise de un pronunciamiento previo del Poder Judicial". (Subrayado nuestro).

Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

"Artículo 13º.- Cuestión contenciosa en procedimiento administrativo.

Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. (...)"
(Subrayado nuestro).

En tal sentido, del tenor de los dispositivos precitados, tenemos que los presupuestos que deben cumplirse para que se configure el tema materia de análisis son:

- i) que la cuestión contenciosa se suscite entre dos particulares durante el desarrollo del procedimiento administrativo.
- ii) que la cuestión contenciosa verse sobre relaciones de derecho privado.
- iii) que exista una necesidad objetiva de obtener pronunciamiento judicial previo para poder resolver el asunto planteado ante la administración.
- iv) identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Respecto de cada presupuesto indicado, cabe señalar:

- i) La cuestión litigiosa no ha surgido entre dos administrados o particulares como establece la LPAG, sino entre una empresa privada -CASAPALCA- y una entidad pública -OSINERGMIN- que en ejercicio de las facultades concedidas por ley, viene ejerciendo su potestad administrativa. Además, debe dejarse claramente establecido que el procedimiento administrativo se inició el 09 de diciembre de 2011 -cuando ELECTROPERÚ presentó la presente reclamación-, que CASAPALCA contestó la reclamación y dedujo las excepciones de incompetencia y de prescripción extintiva el 09 de febrero de 2012 y presentó la acción de amparo ante el Poder Judicial el 05 de marzo de 2012; es decir, en fecha posterior y con pleno conocimiento que se venía tramitando este procedimiento administrativo.

985
Novecientos
cincuenta

- ii) El contenido fundamental de la materia discutida deba ser exclusivo del derecho privado y regulado conforme a sus normas, y no del ámbito del derecho público, tales como discusiones sobre derechos de filiación o sucesorios -que son propios del derecho civil-, que deban ser determinados para posteriormente obtener derechos de índole administrativo, como son los pensionarios. En este caso, lo que se discute es la competencia del tribunal administrativo, materia que no es exclusiva del derecho privado, sino que en el ámbito administrativo está prevista su atención, vía deducción de excepción de incompetencia, como efectivamente lo planteó CASAPALCA de conformidad con el artículo 37¹⁶ del ROSC.
- iii) El tercer presupuesto, va ligado al anterior, y se refiere a la necesidad del pronunciamiento previo por parte de la autoridad judicial para que posteriormente la autoridad administrativa pueda resolver sobre la base de éste, de no contar con la decisión judicial la autoridad administrativa no podría pronunciarse. Es decir, debe existir una estrecha relación de dependencia entre ambos, donde debe existir primero la decisión judicial, para darse el segundo, la decisión administrativa.

La misma condición es requerida por el artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes citado y por el 99° del Reglamento del OSINERGMIN, en virtud de los cuales, forzosamente se requiere que la cuestión litigiosa sea resuelta previamente por el Poder Judicial para que proceda la suspensión del procedimiento administrativo.

Del análisis efectuado, a criterio de este Tribunal no se cumple el presupuesto bajo análisis, en tanto, en el ámbito administrativo, propiamente en el procedimiento de solución de controversias está prevista la deducción de excepciones, entre ellas la de incompetencia y la oportunidad en que éstas sean resueltas. Por tanto, no se requiere del pronunciamiento previo del Poder Judicial, al existir ya un mecanismo para conocer y resolver en el ámbito administrativo.

Al respecto, es menester mencionar que de acuerdo con lo recogido por la doctrina¹⁷, existe posición preferente de la resolución administrativa de las causas sometidas a su conocimiento, sobre la resolución judicial; y sólo excepcionalmente, cuando se producen las interferencias funcionales, la preferencia judicial, adelantando la competencia que le corresponde de modo sucesivo durante el contencioso administrativo.

- iv) Al haberse determinado en el literal anterior que no se configura el presupuesto esencial para que exista prejudicialidad, carece de sentido evaluar este cuarto requisito.

Finalmente, sin perjuicio de lo ya expuesto, es necesario mencionar lo dispuesto por el artículo 45° del Código Procesal Constitucional¹⁸:

"Artículo 45°: Agotamiento de las vías previas:

¹⁶ ROSC:

*"Artículo 37°.- Requisitos de la Contestación - Posibilidad de Réplica y Excepciones.
(...).*

Las excepciones se presentan junto con la contestación a la reclamación y se resuelven en la resolución final o, excepcionalmente a criterio de la instancia de solución de controversia, podrán resolverse al inicio del procedimiento."

¹⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.cit. p. 311.

¹⁸ Ley N° 28237. Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 31 de mayo de 2004.

954
Noventa
cinco

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. (...)
(Subrayado nuestro)

Tal como hemos mencionado, CASAPALCA dedujo la excepción de incompetencia, conjuntamente con la contestación a la reclamación presentada por ELECTROPERÚ ante el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc el 09 de febrero de 2012, la que fue desestimada mediante Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66, de fecha 13 de abril de 2012, notificada el 16 de abril de 2012 y respecto de la cual CASAPALCA interpuso recurso de apelación el 17 de mayo de 2012, la cual es resuelta en esta resolución.

CASAPALCA a su vez presentó demanda de amparo el 05 de marzo de 2012 -sobre la cual solicita suspensión de este procedimiento por prejudicialidad-.

Como es evidente, a la fecha de inicio del proceso constitucional aún se encontraba en trámite el procedimiento administrativo para resolver la excepción deducida, de acuerdo con la normativa vigente -artículo 37º del ROSC- y por tanto, no se había agotado la vía previa, ni siquiera se había emitido pronunciamiento en primera instancia.

Es decir, el procedimiento administrativo fue iniciado con anterioridad y sin haber concluido, a la fecha en que se presentó la acción constitucional.

Por lo expuesto, este Tribunal desestima la solicitud de CASAPALCA de suspender el procedimiento administrativo, porque no existe una necesidad de un pronunciamiento judicial previo y se avoca a resolver el recurso de la apelación.

3.2. Sobre la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66:

CASAPALCA solicita la nulidad de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66 por cuanto el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -los órganos de solución de controversias, en general,- carecería de competencia para conocer y resolver la reclamación planteada por ELECTROPERÚ, por estar referida a un asunto de naturaleza civil, que constituye competencia del Poder Judicial. Además, agrega que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc habría incurrido en motivación aparente y la resolución tendría defectos de motivación y del objeto o contenido.

3.2.1. Sobre la competencia de los órganos de solución de controversias del OSINERGMIN para pronunciarse sobre la materia reclamada:

El inciso 1) del artículo 3º de la LPAG establece:

"Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

(...)"

El artículo 61.1º de la LPAG establece que "la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan".

A su vez, el artículo 65.1° del mismo cuerpo normativo prescribe que *"el ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o avocación, según lo previsto en esta Ley"*.

Sobre este tema, García de Enterría señala que: *"Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración no puede actuar, simplemente"*¹⁹.

Asimismo, Dromi señala que *"..., la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. La competencia es irrenunciable e improrrogable"*²⁰.

Juan Carlos Morón²¹ dice respecto de la competencia *"viene a ser el elemento que habilita a un órgano de la administración para adoptar una decisión o generar una actuación administrativa determinada (acto administrativo, contrato, acto de Administración, etc.), convirtiéndose así en la medida de la potestad o atribución que le ha sido conferida por norma expresa"*.

De acuerdo con lo señalado en la LPAG y en la doctrina, la competencia es un requisito indispensable para considerar la validez de un acto administrativo y debe ser conferido legalmente. Esta competencia debe existir al momento de la emisión del acto administrativo. En tal sentido, corresponde determinar si el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -en general, si los órganos de solución de controversias-, es competente para conocer y emitir un pronunciamiento válido sobre la materia de litis, contando con las atribuciones respectivas otorgadas legalmente.

En primer término, es preciso indicar que la función de solución de controversias está definida en el inciso e) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos²², en adelante LMOR, como la facultad de los organismos reguladores de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre ellos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

En concordancia con la norma precitada, el artículo 44° del Reglamento del OSINERGMIN precisa que la función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre éstas y los usuarios libres y entre éstos; salvo aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI. Asimismo, señala que la función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva del OSINERGMIN, comprende además la facultad de este Organismo de conciliar intereses contrapuestos sobre dichas materias.

El inciso c) del artículo 46° del Reglamento del OSINERGMIN establece los supuestos de controversias que corresponden ser conocidas por el OSINERGMIN, entre ellas, las

¹⁹GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Segunda Edición, Madrid. Civitas, p. 429 y 433.

²⁰DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, p. 209.

²¹MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. 2003, p. 69.

²²Ley N° 27332. Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 29 de julio de 2000.

surgidas entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores Eléctricos, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del regulador. Concordantemente, el artículo 47° del referido Reglamento prescribe que la vía administrativa sea obligatoria y de exclusiva competencia del OSINERGMIN.

El artículo 2° del ROSC dispone que el OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias -Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversias- es competente, en primera y segunda instancia administrativa, para resolver las controversias suscitadas entre los diversos operadores relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

De lo expuesto, se concluye que el OSINERGMIN tiene competencia para pronunciarse sobre controversias entre operadores dentro de los supuestos previstos por el artículo 46° del Reglamento del OSINERGMIN y el artículo 2° del ROSC.

Asimismo, de conformidad con los dispositivos indicados en el párrafo precedente, la competencia de OSINERGMIN para resolver controversias en el sector eléctrico -sector que nos ocupa- se circunscribe a aquellas que se refieren a discutir o limitar el acceso de usuarios a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión, como los de los sistemas de distribución eléctrica y aquellas relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

Habiéndose definido que los órganos de solución de controversias tienen competencia para conocer y resolver controversias suscitadas entre generador -ELECTROPERÚ- y usuario libre -CASAPALCA-, corresponde analizar si la naturaleza de la pretensión de ELECTROPERÚ se encuentra comprendida en el supuesto de aquellas relacionadas con aspectos, técnicos, regulatorios o normativos sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN o es una pretensión de naturaleza estrictamente civil, como alega la apelante.

Al respecto, cabe señalar que el proceso de provisión del servicio eléctrico posee una serie de peculiaridades derivadas de la imposibilidad de almacenar electricidad y la existencia de un patrón de consumo cambiante en el tiempo.

En este mercado confluyen las transacciones derivadas de los contratos suscritos entre las partes, bajo un régimen de libertad de precios, en los cuales se pactan cantidad de energía y potencia a suministrarse, plazo y precio y, aquellas que no se sustentan en acuerdos entre partes, sino que son operaciones realizadas en el mismo momento, es decir, cuando el cliente retira del SEIN más energía y potencia de lo originalmente contratado, a un precio spot.

Es imprescindible mantener un equilibrio permanente entre oferta -lo que el generador inyectó al SEIN- y demanda -lo que el cliente retiró del SEIN- frente a lo que efectivamente fue materia de un acuerdo previo entre el generador y el cliente. Esta operación se realiza en el MCP.

En este sentido, el mercado eléctrico, debido a su complejidad y naturaleza técnica requiere de normas específicas que permitan la correcta participación e interrelación de todos los actores, entiéndase generadores, transmisores, distribuidores y clientes

951
Novecientos
cincuenta

libres con el objeto que éste funcione de manera eficiente y eficaz. Es decir, el MCP es un mercado regulado, en el cual las reglas de operación están previamente establecidas por la LCE, su Reglamento y la Ley de Desarrollo Eficiente. De conformidad con lo que dispone el literal b) del artículo 43° de la LCE²³ el precio por los retiros de energía y potencia efectuados en el SEIN por los usuarios libres están sujetos a regulación. No existe límite superior o inferior para el precio spot, el cual es determinado para intervalos de 15 minutos considerando el costo variable de la unidad más costosa que opera en el referido intervalo.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 12° y 14°, inciso g) de la Ley de Desarrollo Eficiente, el COES es el encargado de administrar el MCP y de determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES. La valorización y pago por estas transferencias está regulado en los artículos 107° y 108° de la LCE.

Por lo expuesto, el COES tiene la obligación de determinar qué cliente es el que efectuó el retiro de energía y potencia sin contrato del SEIN en el MCP respecto del generador que la inyectó, mercado sujeto a normas que regulan su operatividad, y valorizar estos retiros a precio regulado. El discutir el pago de las valorizaciones por retiros efectuados de energía y potencia en el MCP evidentemente tiene vinculación con temas regulatorios.

Es necesario precisar que el supuesto de la norma al hacer referencia a supuestos de controversias "relacionados con aspectos técnicos, regulatorios o normativos" no implica que esté aludiendo en estricto al ejercicio de las funciones del regulador, como parece entender CASAPALCA, sino a temas vinculados a estos aspectos en general; más bien, la segunda parte de la norma sí hace mención en estricto a las funciones del regulador al señalar que los aspectos en controversias deben estar "sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte del OSINERGMIN". Afirmar lo contrario implicaría que conflictos que se originen por aplicación o interpretación de disposiciones de mayor jerarquía (decretos supremos, leyes) no puedan ser sometidas a conocimiento de los órganos de solución de controversias, por ejemplo aquellas vinculadas a temas de calidad del servicio eléctrico, cadena de pagos.

De otro lado, con relación al supuesto de competencia vinculado a aspectos normativos, cabe señalar que tal como hemos mencionado, la materia de litis está relacionada con el funcionamiento del MCP y las transacciones que en éste se realicen, determinados por la LCE, su Reglamento y la Ley de Desarrollo Eficiente.

El COES administra el MCP según lo disponen el artículo 12° y el literal h) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente, sobre la base de Procedimientos Técnicos aprobados por OSINERGMIN a propuesta del propio COES, de conformidad con el inciso b) del artículo 13° de la Ley de Desarrollo Eficiente y los artículos 5° y 6° del Reglamento del COES.

²³ LCE:

"Artículo 43°: Estarán sujetos a regulación de precios:

a) La transferencia de potencia y energía entre generadores, los que serán determinados por el COES, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica. Esta regulación no regirá en el caso de contratos entre generadores por la parte que supere la potencia y energía firme del comprador.

b) Los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los Distribuidores y Usuarios Libres, los mismos que serán determinados de acuerdo a lo establecido en el artículo 14° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

(...)"

980
Noventa
cinco

Asimismo, el COES tiene como función operativa el determinar y valorizar las transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES, según lo dispone el numeral g) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente.

Los Procedimientos Técnicos aprobados por el OSINERGMIN son de cumplimiento obligatorio para todos los agentes del COES, de acuerdo con lo que establece el numeral 6.1 del artículo 6° del Reglamento del COES.

Del tenor de los dispositivos indicados, se concluye que la controversia sí está relacionada a aspectos de índole normativo, en tanto OSINERGMIN aprueba a propuesta del COES los procedimientos técnicos en materia de operación del SEIN y del MCP. Ello es independiente de si existe o no un Procedimiento Técnico válido - como argumenta CASAPALCA- respecto del tema que nos ocupa, hecho que no es determinante para establecer la competencia o no de los órganos de solución de controversias, sino de la vinculación con lo que es realmente es la razón de la reclamación con aspectos normativos.

Además, de los supuestos analizados -relacionados a aspectos normativos y regulatorios-, los dispositivos que establecen la competencia de los órganos de solución de controversias, determinan también que los aspectos en controversia deben ser objeto de supervisión o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

Al respecto, el numeral 3, inciso a) del artículo 3° de la LMOR establece como una de las funciones de los organismos reguladores, entre ellos OSINERGMIN, la función supervisora, que comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada. En el mismo sentido, se expresa el artículo 31° del Reglamento del OSINERGMIN.

Asimismo, el inciso d) del artículo 3° de la LMOR establece como otra función del regulador, la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como de las obligaciones contraídas en los contratos de concesión por parte de los concesionarios. Esta función también es recogida por el artículo 36° del Reglamento del OSINERGMIN.

El artículo 101° de la LCE, señala que es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES.

El inciso c) del artículo 201° del RLCE, establece como incumplimiento del usuario libre el "No efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES". Es preciso indicar que las valorizaciones permiten que los integrantes, entre ellos los usuarios libres, procedan al pago por el retiro de potencia y energía.

En ese sentido, el inciso g) del artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente establece como una función del COES el "Determinar y valorizar las Transferencias de potencia y energía entre los Agentes integrantes del COES", de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 107° del RLCE.

De lo expuesto, se puede concluir que OSINERGMIN supervisa y fiscaliza el cumplimiento de las disposiciones del COES en tanto que son emitidas en ejercicio de sus funciones, conferidas por la Ley de Desarrollo Eficiente, como es el caso de las

949
Novecientos
cuarentinueve

Resolución del Tribunal de Solución de Controversias
OSINERGMIN
Nº 006-2012-TSC/66-2012-OSINERGMIN

determinaciones y valoraciones de transferencias de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES.

El artículo 9º del Código Procesal Civil²⁴ señala que:

"La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan".

La norma precitada tiene como referente la naturaleza del conflicto.

Lo que importa para determinar la competencia por razón de la materia, no es la apariencia de la pretensión, sino la naturaleza misma del litigio y la relación jurídica que subyace al conflicto y los hechos que delimitan el contenido de la pretensión respecto de este conflicto.

En tal sentido, si bien la pretensión de ELECTROPERÚ es la obligación de dar suma de dinero, los hechos que sustenta su pretensión y la obligación de pago de la que emana son de índole regulatorio y normativo, por tanto la controversia está relacionada a temas regulatorios y normativos y no civil.

De los dispositivos legales indicados, se colige que el OSINERGMIN y específicamente sus órganos de solución de controversias, cuentan con la competencia necesaria para pronunciarse respecto de la pretensión de ELECTROPERÚ, por lo que corresponde confirmar la resolución apelada en este extremo.

3.2.2. Sobre los requisitos de validez de la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66:

CASAPALCA cuestiona la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resolvió en primera instancia señalando que se realizó una motivación aparente, debido a que arriba a una decisión a partir de una premisa equivocada, por cuanto explica CASAPALCA que si bien se ha efectuado retiros de potencia y energía sin contrato en el MCP y que el COES los ha valorizado y asignado, éstos no tienen naturaleza regulatoria, sino civil.

El requisito que alega CASAPALCA es formal y, al mismo tiempo, se identifica con la declaración expresa de las circunstancias fácticas y jurídicas que han promovido la emisión del acto²⁵.

El desarrollo de este requisito de validez del acto administrativo está contenido en el artículo 6º²⁶ de la LPAG, a partir del cual se desprende que la motivación debe contener los presupuestos que justifican la decisión adoptada por la administración, de

²⁴ Norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento, según la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil.

²⁵ VINCES ARBULÚ, Martín. Reflexiones sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y su deformación en la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana. En: Revista de Investigación Jurídica, Vol. II, p. 5

²⁶ LPAG:

"Artículo 6º.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

(...)"

948
Novecientos
cuarenta y ocho

tal forma que se asegure la eliminación de decisiones arbitrarias que puedan afectar derechos de los administrados.

Cabe precisar que cuando una motivación resulta insuficiente, se vulnera el derecho de defensa y del debido proceso de administrado, debido a que una falta o insuficiencia de motivación no permite, a la parte afectada hacer uso de algún recurso impugnativo, por cuanto no sabría cuales son los motivos que justifican el acto dirigido hacia él. En cambio, una *"motivación precisa y clara constituye una garantía a favor del administrado, toda vez que si conocerá cuales son los motivos que justifican el acto administrativo y podrá contradecirlo si no se encuentra de acuerdo con el mismo"*²⁷.

CASAPALCA debe tener en cuenta que el pronunciamiento no favorable no implica que la motivación sea insuficiente o que haya una motivación aparente como señala, por cuanto la motivación de la resolución materia de apelación está debidamente clara y sustentada a partir de razonamientos lógicos y jurídicos sobre la base de lo dispuesto por las normas sectoriales aplicables y el análisis de los argumentos expuestos por ambas partes. Es esta adecuada motivación la que ha permitido que CASAPALCA interponga su recurso de apelación, de tal forma que ha rebatido cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, de no haber estado debidamente motivada no hubiera podido hacer uso de su derecho.

Por lo expuesto, se ha constatado que la resolución impugnada sí cumple con el requisito esencial de todo acto administrativo que es el de estar debidamente motivada.

De otro lado, CASAPALCA señala que la resolución materia de impugnación vulnera lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3° de la LPAG, el cual señala que el acto administrativo debe expresar con precisión el objeto o contenido de la resolución.

"Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos:

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación".

A entender de CASAPALCA la resolución materia de impugnación no ha cumplido con los requisitos que la norma precitada; por lo que, solicita su nulidad de conformidad por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG.

"Artículo 10°.- Causales de nulidad:

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, (...)".

²⁷VINCES ARBULÚ, Martín. Op.Cit. p. 6

Respecto de los requisitos de validez del objeto del acto administrativo, cabe señalar que el objeto es "aquellos que decide, declara o certifica la autoridad"²⁸.

En ese sentido, la determinación del objeto resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto, por lo cual debe ser posible, lícito y estar determinado de manera precisa²⁹, de conformidad con lo dispuesto por los artículos precitados de la LPAG.

La licitud del objeto, implica que las actuaciones de la autoridad sean de conformidad con la normativa vigente, a partir del análisis efectuado de la resolución materia de impugnación se verifica que la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se ha fundamentado en la normativa vigente, pertinente y aplicable.

La controversia está circunscrita al pago por los retiros de energía y potencia sin respaldo contractual que ha realizado CASAPALCA (usuario libre) y que el COES los ha valorizado y asignó a ELECTROPERÚ.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha sustentado su competencia sobre la base principalmente de los artículos 31º y 46º del Reglamento del OSINERGMIN, el artículo 2º del ROSC y sobre el análisis de las normas sectoriales. Las disposiciones precitadas determinan por un lado, aspectos subjetivos de la controversia, es decir, las partes involucradas y por otro lado, el aspecto objetivo referido a los temas técnicos, regulatorios o normativos, sujetos a supervisión, regulación o fiscalización por parte del OSINERGMIN.

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc a través del análisis efectuado concluyó que la controversia está vinculada a aspectos regulatorios en tanto los retiros materia de litis se realizaron en el MCP, mercado regulado, en donde los precios están sujetos a regulación. En el mismo sentido, determinó que también está vinculada a aspectos normativos, en tanto que la operación del MCP se rige bajo reglas y mecanismos contenidos en normas sectoriales generales y normas emitidas por el regulador.

Asimismo, determina que la materia objeto de controversia está sujeta a supervisión del OSINERGMIN en virtud de la función que le fuera conferida por el inciso a) del numeral 3.1 del artículo 3º de la LMOR y el artículo 31º del Reglamento del OSINERGMIN, así como en lo dispuesto por los artículos 101º de la LCE y el inciso c) del artículo 201º del RLCE.

Sobre la precisión del objeto, cabe indicar que éste sirve para determinar con claridad los efectos jurídicos perseguidos a través de la emisión del acto administrativo³⁰, en el presente caso la resolución determinó la competencia del OSINERGMIN a través de sus órganos de solución de controversias para conocer y resolver la presente litis.

Finalmente, lo referido a la posibilidad física y jurídica implica que el cumplimiento del objeto sea posible de ejecutarse en la realidad y sea acorde a las normas aplicables, en este sentido, los órganos de solución de controversias pueden avocarse al conocimiento del litigio en sede administrativa contando con el ROSC que establece las normas del procedimiento a seguir.

²⁸ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano. En: Revista de Derecho Administrativo Nº 11, Año 2012, p 117.

²⁹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op Cit.

³⁰ Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas- UPC-, 2009, p. 135.

946
Noventa y seis

El cumplimiento de las características, referidas al objeto, "garantizan que el administrado conozca efectivamente los efectos jurídicos impuestos"³¹, de tal forma que en caso no estuviera de acuerdo con la decisión podrá presentar algún recurso administrativo, el cual constituye un "instrumento de garantía de los derechos de los particulares mediante los cuales pueden reaccionar para la defensa de sus derechos e intereses; constituye un eficaz mecanismo que la administración utiliza para el control de sus actos (...); y sirve para el agotamiento de la vía administrativa"³². En este caso, CASAPALCA interpuso su recurso de apelación, de tal forma que ha rebatido cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

De lo expuesto, se ha verificado que la resolución impugnada cumple con el requisito de validez referido al objeto por cuanto éste es posible, lícito y está debidamente determinado.

Sobre la base de lo expuesto, corresponde desestimar el pedido de nulidad de CASAPALCA y confirmar en este extremo la Resolución Nº 005-2012-OS/CC-66.

3.3. Sobre la Resolución Nº 006-2012-OS/CC-66:

3.3.1. Prescripción Extintiva:

CASAPALCA cuestiona el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc alegando que el plazo prescriptorio es de 2 y no de 10 años, por cuanto la reclamación de ELECTROPERÚ es un pedido de pago indemnizatorio por responsabilidad civil extracontractual y en tal sentido, es aplicable el plazo prescriptorio del numeral 4) del artículo 2001º del Código Civil.

Para CASAPALCA el pedido de dar suma de dinero que reclama ELECTROPERÚ tiene calidad indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual porque: i) se sustenta en los retiros efectuados del SEIN sin respaldo contractual; y, ii) el COES le ordenó a ELECTROPERÚ despachar energía y potencia al SEIN para atender la mayor carga proveniente de la demanda y posteriormente le asignó a dicha carga un precio determinado en cabeza de ELECTROPERÚ, lo cual pudo haberle causado al generador la pérdida de la posibilidad de asignar por sí sola esa carga a otro cliente a un mayor precio vía el establecimiento de una relación contractual con éste.

Al respecto, tal como se determinó en el acápite anterior -al cual nos remitimos- la acreencia de ELECTROPERÚ nace de la determinación y asignación de responsabilidad realizada por el COES por los retiros que efectuó CASAPALCA del SEIN durante el periodo comprendido de mayo 2006 a febrero 2009, sobre la facultad que le otorga la ley³³, es decir, esta acción creditoria de ELECTROPERÚ deriva de disposiciones de naturaleza regulatoria que norman el mercado eléctrico, más específicamente el MCP, y los precios.

Es necesario precisar, sobre la base de lo expresado en el párrafo precedente y en lo argumentado por las partes -tanto en los escritos del recurso de apelación, de absolución del recurso, de alegatos y en sus exposiciones en la Audiencia de Vista- que efectivamente no ha existido un acuerdo de voluntades³⁴ entre las partes respecto

³¹ VINCES ARBULÚ, Martín. Op.Cit.p. 5

³² DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. La impugnación de los Actos Administrativos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja. En: Derecho & Sociedad Nº 28, p. 266-267.

³³ Inciso g) del artículo 14º de la Ley de Desarrollo Eficiente.

³⁴ Código Civil:

"Artículo 1351º.- Definición

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

de un posible suministro de ELECTROPERÚ de energía y potencia a favor de CASAPALCA durante el periodo indicado, distinto al Contrato ELECTROPERÚ, y que opere en lugar del Contrato ENERSUR -contrato que fue arbitrariamente declarado nulo- y por la cantidad que fue pactada en ese contrato.

De otro lado, de la revisión del texto de la resolución impugnada, este Tribunal ha verificado, contrariamente a lo que manifiesta CASAPALCA³⁵, que el órgano de primera instancia señaló que hubo un suministro de energía y potencia a favor del impugnante -entendiéndose éste en el sentido de distribución, de abastecimiento-, de ninguna manera dijo, ni siquiera dejó vislumbrar la posibilidad, que se trataba de un contrato de suministro, a lo largo de su análisis indicaba que justamente no existía un acuerdo de partes al respecto.

Del análisis efectuado, ha quedado totalmente desvirtuada la naturaleza contractual de la relación jurídica entre CASAPALCA y ELECTROPERÚ respecto de lo que es materia de litis. La acreencia de ELECTROPERÚ como ya se dijo, deriva de una decisión del COES, en virtud de la facultad que expresamente le ha sido concedida por ley.

Ese abastecimiento de energía y potencia, que fue concretado en el hecho del retiro que efectuó CASAPALCA, tiene como correlato el pago de un precio, en este caso, un precio regulado, determinado sobre la base del funcionamiento del mercado eléctrico, específicamente el MCP, que funciona según normas sectoriales -ya analizadas-.

CASAPALCA no reconoce en su análisis el funcionamiento del MCP, y en general el mercado eléctrico, y pretende que se le atribuya a la acreencia de ELECTROPERÚ por esa mayor carga inyectada por el generador al SEIN, retirada por CASAPALCA y determinada y asignada por el COES a ELECTROPERÚ, la calidad de responsabilidad civil extracontractual, al no ser contractual.

Sin embargo, cabe destacar que las obligaciones tienen su fuente o en un hecho jurídico, en cuyo caso nace de la ley; o, en un acto jurídico, en cuyo caso nace de la voluntad de quienes lo celebraron³⁶. En el caso concreto que nos ocupa hemos ya precisado que la acreencia de ELECTROPERÚ no tiene origen contractual, sino que deriva de disposiciones que rigen el mercado eléctrico, el MCP.

De otro lado, no es posible referirse a la responsabilidad civil extracontractual sin la existencia de un daño, ese es su componente fundamental pues precisamente la razón de ser de esta figura jurídica es resarcir el daño causado a la víctima³⁷.

*"Toda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños causados por esta última a la primera"*³⁸.

Como hemos señalado, la acreencia de ELECTROPERÚ se deriva de cómo funciona el mercado eléctrico, de las reglas de juego -dadas por ley- y del papel que cumple cada uno de los actores en él. Tanto así, reiteramos, los retiros de energía y potencia del SEIN sin respaldo contractual que se efectúa, tienen un precio establecido en el

³⁵ Acápite C1 de su escrito del recurso de apelación.

³⁶ OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. En: Para leer el Código Civil. Vol.VI. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1988. Lima, p. 33.

³⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil. En: Para leer el Código Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1985. Cuarta Edición. Lima, p. 216.

³⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. En: Para leer el Código Civil. Volumen IV. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1995. Quinta Edición. Lima, p. 305.

MCP. No resulta ocioso por ello mencionar que dentro de este mercado y del sistema de determinación y asignación de transferencias de energía y potencia que realiza el COES lo que se busca es el equilibrio entre la inyección de energía y potencia y los retiros con el único y exclusivo propósito de garantizar la eficiencia y funcionamiento del mercado, sobre la base de reglas pre establecidas.

Por lo mencionado, la acreencia de ELECTROPERÚ no corresponde al pedido de pago de una indemnización por daños extracontractuales, sino al pago por la energía y potencia inyectada al SEIN, según reglas (de participación, funcionamiento, papel de cada actor, mecanismos de determinación de acreedor y deudor, precio) previa y claramente establecidas.

Esta acreencia de ELECTROPERÚ, en tanto constituye una acción creditoria, *"tiene como característica fundamental su prescriptibilidad, al contrario de las acciones personales y reales entre las cuales las hay imprescriptibles (...)"*³⁹.

*"La prescripción extintiva es una institución jurídica según la cual, el transcurso de un determinado lapso extingue la acción que el sujeto tiene, para exigir un derecho ante los tribunales"*⁴⁰.

En tal sentido, resulta necesario determinar el plazo prescriptorio que establece el Código Civil teniendo en cuenta el tipo de acción a ejercitar por el acreedor, en este caso ELECTROPERÚ, para determinar si ésta ha prescrito. El artículo 2001° establece:

"Artículo 2001°.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

- 1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.*
- 2. A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.*
- 3. A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo laboral.*
- 4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponde contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo".*

Las acciones previstas en los numerales 2 y 3 no tienen relación alguna con la materia de litis. Lo mismo sucede con la acción real, la que nace de una ejecutoria y la nulidad del acto jurídico señaladas en el numeral 1 y la acción de anulabilidad y la que corresponda contra representantes de incapaces derivada del cargo mencionadas en el numeral 4.

La acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual fue desvirtuada según lo manifestado en párrafos precedentes, en tanto, no corresponde a la acreencia de ELECTROPERÚ al no existir daño y emanar de un título otorgado conforme las reglas del MCP del sector eléctrico.

La acción creditoria no está expresamente contemplada en lo dispuesto por el artículo 2001° del Código Civil; sin embargo, tal como lo señala la doctrina *"El Código Civil no las distingue con este nomen iuris pues están comprendidas bajo la denominación*

³⁹ VIDAL RAMIREZ, Fernando. Prescripción Extintiva y Caducidad. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1996, p. 167.

⁴⁰ RUBIO CORREA, Marcial. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. En: Para leer el Código Civil. Volumen VII. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1997. Cuarta Edición. Lima, p 16.

genérica de acción personal y a ellas se refiere también el inciso 1 del artículo 2001º cuando fija el plazo prescriptorio de diez años para la acción personal⁴¹.

"El plazo ordinario para la prescripción de las acciones creditorias viene a ser, pues, de diez años y debe también entenderse fijado de manera abstracta, ya que, en este término, prescriben todas aquellas a las que el propio Código Civil u otra norma legal no les fija un plazo diverso"⁴².

Es así que no sólo las acciones creditorias están comprendidas en el numeral 1 del artículo 2001º del Código Civil, sino también aquellas que no tienen plazo establecido ni en el Código Civil, ni en leyes especiales, debiendo entenderse por tanto, que la acción personal a que hace referencia el dispositivo indicado es la norma general, para aquellas acciones que por su naturaleza son prescriptibles y no han sido recogidas expresamente.

El tal sentido, para el petitorio de ELECTROPERÚ, el plazo prescriptorio a tomar en cuenta es el previsto en el inciso 1) del artículo 2001º del Código Civil.

3.3.2. Sobre los requisitos de validez de la Resolución Nº 006-2012-OS/CC-66:

CASAPALCA cuestiona la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc que resolvió en primera instancia señalando que existe un defecto grave en la motivación por cuanto nada de lo señalado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, ni de forma individual, ni conjunta, sirve de motivo para desestimar la Excepción de Prescripción Extintiva.

Tal como se dijo anteriormente, el requisito que alega CASAPALCA es formal y, al mismo tiempo, se identifica con la declaración expresa de las circunstancias fácticas y jurídicas que han promovido la emisión del acto⁴³.

El desarrollo de este requisito de validez del acto administrativo está contenido en el artículo 6º de la LPAG, a partir del cual se desprende que la motivación debe contener los presupuestos que justifican la decisión adoptada por la administración, de tal forma que se asegure la eliminación de decisiones arbitrarias que puedan afectar derechos de los administrados.

Cabe precisar que cuando una motivación es defectuosa, se vulnera el derecho de defensa y el debido proceso del administrado, debido a que la insuficiencia de motivación no permite a la parte afectada hacer uso de algún recurso impugnativo, por cuanto no sabría cuales son los motivos que justifican el acto dirigido hacia él.

CASAPALCA debe tener en cuenta que el pronunciamiento no favorable que emite el juzgador de primera instancia no coincide con su posición no implica que la resolución materia de impugnación tenga una motivación defectuosa como señala, por cuanto la motivación de la resolución materia de apelación está debidamente clara y sustentada a partir razonamientos lógicos y jurídicos sobre la base de lo dispuesto por las normas sectoriales aplicables y el análisis de los argumentos expuestos por ambas partes. Es esta adecuada motivación la que ha permitido que CASAPALCA interponga su recurso de apelación, de tal forma que ha intentado refutar cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, de no haber estado debidamente motivada no hubiera podido hacer uso de su derecho.

⁴¹ VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. Cit. p.167

⁴² Op. cit.

⁴³ VINCES ARBULÚ, Martín. Op.Cit .p.5.

Por lo expuesto, se ha constatado que la resolución impugnada sí cumple con el requisito esencial de todo acto administrativo que es el de estar debidamente motivada.

De otro lado, CASAPALCA señala que la resolución materia de impugnación vulnera lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3º de la LPAG, el cual señala que el acto administrativo debe expresar con precisión el objeto o contenido de la resolución.

"Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos:

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación".

A entender de CASAPALCA la resolución materia de impugnación no ha cumplido con los requisitos que la norma precitada establece; por lo que, solicita su nulidad de conformidad por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG.

"Artículo 10º.- Causales de nulidad:

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, (...)"

Respecto de los requisitos de validez del objeto del acto administrativo, cabe señalar que el objeto es *"aquello que decide, declara o certifica la autoridad"*⁴⁴.

En ese sentido, la determinación del objeto *"resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto, por lo cual debe ser posible, lícito y estar determinado de manera precisa"*⁴⁵, de conformidad con lo dispuesto por los artículos precitados de la LPAG.

La licitud del objeto, implica que las actuaciones de la autoridad sean de conformidad con la normativa vigente, a partir del análisis efectuado de la resolución materia de impugnación se verifica que la decisión del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc se ha fundamentado en la normativa vigente, pertinente y aplicable.

Para CASAPALCA la solicitud de ELECTROPERÚ se encuentra prescrita por tener naturaleza extracontractual.

El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc ha sustentado con un análisis lógico y normativo que la naturaleza del conflicto se circunscribe al ámbito regulatorio y constituye una acción creditoria, desvirtuando que la pretensión sea una de naturaleza extracontractual. Concluye que el plazo de prescripción corresponde a una acción personal que es de 10 años, lo que fue materia de desarrollo en el acápite anterior.

⁴⁴ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. Cit. p 117.

⁴⁵ Op Cit.

Sobre la precisión del objeto, cabe indicar que éste *"sirve para determinar con claridad los efectos jurídicos perseguidos a través de la emisión del acto administrativo"*⁴⁶, en el presente caso la resolución determinó que el plazo prescriptorio de la acción creditoria de ELECTROPERÚ correspondía a la general de 10 años.

Finalmente, lo referido a la posibilidad física y jurídica implica que el cumplimiento del objeto sea posible de ejecutarse en la realidad y sea acorde a las normas aplicables. En este sentido, al haberse determinado que el plazo prescriptorio de la pretensión de ELECTROPERÚ es de 10 años conforme corresponde a la acción personal. En atención a ello, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc desestimó la excepción de prescripción y continuó avocándose a la causa.

El cumplimiento de las características, referidas al objeto, *"garantizan que el administrado conozca efectivamente los efectos jurídicos impuestos"*⁴⁷, de tal forma que en caso no estuviera de acuerdo con la decisión podrá presentar algún recurso administrativo, el cual, como ya se menciona, constituye un *"instrumento de garantía de los derechos de los particulares mediante los cuales pueden reaccionar para la defensa de sus derechos e intereses"*; y, sirve para el agotamiento de la vía administrativa⁴⁸. En este caso, CASAPALCA interpuso su recurso de apelación, de tal forma que ha rebatido cada uno de los argumentos del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

De lo expuesto, se ha verificado que la resolución impugnada cumple con el requisito de validez referido al objeto por cuanto éste es posible, lícito y está debidamente determinado.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución N° 006-2012-OS/CC-66 en este extremo.

3.3.3. Sobre el petitorio de la reclamación:

CASAPALCA cuestiona la resolución impugnada emitida por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc por cuanto considera que al no ser integrante del COES, sino hasta mayo de 2012, no le son imputables las decisiones del COES sobre asignación y valorización por los retiros que efectuó de energía y potencia durante el periodo mayo de 2006 a febrero de 2009 y que en todo caso éstos fueron efectuados con respaldo contractual.

Asimismo, CASAPALCA sostiene que los retiros de energía y potencia que efectuó durante el periodo comprendido entre los meses de mayo 2006 a febrero 2009 fueron realizados en virtud del Contrato ENERSUR, y en todo caso, si éste se reputa resuelto, estos retiros serían imputados al Contrato ELECTROPERÚ.

Al respecto, cabe señalar que mediante laudo arbitral de derecho de fecha 07 de enero de 2010, se declaró que el Contrato ENERSUR⁴⁹ fue debidamente resuelto de pleno derecho por ENERSUR, con efecto a mayo de 2006.

Mediante Resolución N° 18 de fecha 04 de octubre de 2010 expedida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima se declaró infundada la anulación de laudo planteada en vía judicial por CASAPALCA.

⁴⁶ Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Op.Cit. p. 135.

⁴⁷ VINCES ARBULÚ, Martín. Op.Cit p. 5.

⁴⁸ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Op.Cit. p. 266-267.

⁴⁹ En virtud del cual ENERSUR se comprometía a suministrar electricidad hasta 4.5 MW.

940
Noventa
cuarenta

Si bien CASAPALCA señala que se encuentra en trámite un proceso de amparo contra la mencionada Resolución N° 18 y por tanto, el laudo no ha adquirido autoridad de cosa juzgada, obra en autos la Resolución del Tribunal Constitucional, seguida en el Expediente N° 04622-2011-PA/TC de fecha 03 de mayo de 2012, mediante la cual se declaró improcedente la demanda de amparo.

Por tanto, el Contrato ENERSUR se encuentra plenamente resuelto desde mayo de 2006.

Sobre el Contrato ELECTROPERÚ, cabe señalar que en el numeral 1.4 de la Clausula Primera las partes estipularon:

"1.4. Ambas partes declaran conocer que EL CLIENTE tiene vigente hasta el 28 de febrero de 2009 un contrato de suministro de electricidad con ENERSUR celebrado el 16 de setiembre de 2003, por el cual ENERSUR está obligada al suministro de electricidad hasta 4,5 MW, por lo que queda expresamente entendido que el presente contrato tiene por objeto el suministro de electricidad que exceda a la contratada por EL CLIENTE con ENERSUR hasta el término del citado contrato"

Así teníamos dos contratos, suscritos con distinto proveedor -generador- que establecían los siguientes suministros:

- i) Contrato ENERSUR: 4,5 MW;
- ii) Contrato ELECTROPERÚ: por encima de los 4,5 MW.

Cabe precisar que ambos comprendían el periodo mayo 2006 a febrero 2009 (en la cláusula cuarta del Contrato ELECTROPERÚ se estipuló el plazo hasta febrero 2012). Las partes no pactaron que el Contrato ELECTROPERÚ reemplazara al Contrato ENERSUR en el eventual caso que éste fuera resuelto, ni existe disposición alguna que establezca tal situación, mal podría entonces atribuírsele a ELECTROPERÚ estos retiros como parte de su Contrato.

En tal sentido, contrariamente a lo que señala la apelante al sustentar su recurso respecto de este extremo, al haberse declarado resuelto el Contrato ENERSUR, los retiros que efectuó CASAPALCA durante el periodo que comprende la litis por debajo de los 4,5 MW carecían de respaldo contractual.

Es de anotar que durante el periodo comprendido de mayo 2006 a febrero de 2009, el COES asignó y valorizó los retiros efectuados por CASAPALCA teniendo en cuenta lo estipulado tanto en el Contrato ELECTROPERÚ (por el exceso de 4,5 MW), como en el Contrato ENERSUR (hasta 4.5 MW).

Ante la declaración de la resolución del Contrato ENERSUR, los retiros de CASAPALCA hasta por 4,5 MW no tenían "asignación" -ya no correspondía atribuírsele a ENERSUR bajo ningún contrato-. Por tanto, correspondía al COES, como administrador del MCP; en uso de las facultades conferidas por los artículos 12° y 14°, inciso g) de la Ley de Desarrollo Eficiente, valorizar nuevamente estos retiros, que como se dijo en el párrafo precedente primigeniamente valorizó sobre la base de la existencia del Contrato ENERSUR, y asignarlos entre las empresas generadoras que participaban en el SEIN durante ese periodo.

El COES efectuó esta valorización aplicando el Procedimiento Técnico N° 10 del COES denominado "Valorización de las Transferencias de Energía Activa entre

Generadores Integrantes⁵⁰ del COES⁵¹ para la revalorización de los retiros. Lo cual es cuestionado por CASAPALCA por cuanto considera que no es procedimiento aplicable dado que sólo involucra a generadores.

Este Procedimiento Técnico se sustenta en lo dispuesto en los artículos 107° y 108° de la LCE que regulan la valorización y pago por estas transferencias.

Mediante este Procedimiento se determinan las transferencias reales de energía y potencia de cada generador a fin de valorizar los excesos de energía y potencia transferida por los generadores (más allá de las cantidades pactadas) y el excedente, denominado Saldo Resultante⁵¹ será asignado a cada generador integrante - generador que tuvo la capacidad de entrega de energía durante el periodo al que se refiere la liquidación-, prorateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectúa la valorización.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 9.1⁵² del Procedimiento Técnico N°10 en cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión solo deben existir Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados.

Al haberse declarado resuelto el Contrato ENERSUR, lo que inicialmente se le asignó a ENERSUR en virtud del referido contrato, correspondía ser imputado a los generadores que, en dicho periodo, tuvieron la capacidad de hacerlo, encontrándose entre ellos ELECTROPERÚ -cuyo Contrato ELECTROPERÚ no era aplicable porque sólo era válido para suministro mayor a 4,5 MW-. Es innegable que habiéndose atendido la demanda de CASAPALCA, mediante los retiros que efectuó y que son materia de litis- CASAPALCA está obligada a pagar por ello.

Sobre el análisis expuesto, este Tribunal coincide con el órgano de primera instancia en el sentido que las asignaciones efectuadas por el COES fueron las correctas sobre la base de un procedimiento vigente y válido. Evidentemente este Procedimiento sólo considera a generadores, en tanto son los únicos que pueden producir energía para cubrir los Saldos Resultantes que se puedan dar, ya sea de demanda o de oferta.

⁵⁰ El numeral 6.1. del artículo 6° del Procedimiento Técnico N° 10, define al generador integrante, como generador cuyas instalaciones forman parte del SEIN.

⁵¹ Numeral 9.4 del artículo 9° del Procedimiento Técnico N° 10°.

⁵² Procedimiento Técnico N° 10:

Numerales 9.1; 9.2; 9.3; y 9.4.

"9.1 En cada Barra de Transferencia se debe cumplir que la sumatoria de Entregas debe ser igual a la sumatoria de Retiros. En cada barra de transferencia del sistema secundario de transmisión solo existirán Entregas y Retiros de generadores integrantes involucrados.

Al efectuarse el balance de energía en cada Barra de Transferencia del Sistema Principal de Transmisión, el error admisible no deberá ser mayor de 2% del Retiro (si el error es negativo) o de la Entrega (si el error es positivo) del Transmisor. Si la diferencia del balance es igual o menor que el error admisible, dicha diferencia se cerrará con la Entrega o Retiro del Transmisor según dicho error sea positivo o negativo respectivamente.

Si la diferencia del balance es superior al error admisible, deberán verificarse los perfiles de las Entregas y Retiros en dicha barra. Si después de dicha verificación persistiera el error, la División de Evaluación y Estadística cerrará el balance provisionalmente, para efectos de la transferencia de energía, con el Retiro o Entrega del Transmisor según sea el caso, debiendo revisar en detalle toda la medición que lleve a dar solución al problema dentro de los 15 días siguientes de aprobada la valorización.

De considerarlo necesario el COES requerirá que los propietarios de la medición efectúen, bajo su supervisión, el contraste de los medidores y/o la correcta sincronización de sus relojes. El resultado de dicho análisis y el ajuste a que de lugar, se incluirán en la siguiente valorización.

9.2. Las Entregas y Retiros de cada generador integrante serán valorizadas al Costo Marginal de Corto Plazo de la Barra de Transferencia correspondiente.

9.3. Para cada generador integrante se determina su Saldo de Transferencias que resulta de la sumatoria de las valorizaciones de sus Entregas menos la sumatoria de las valorizaciones de sus Retiros.

La sumatoria de los Saldos de Transferencias en el Sistema Principal de Transmisión de los generadores integrantes constituirá el Saldo Resultante.

9.4. El Saldo Resultante será asignado a cada generador integrante, prorateándolo en proporción a sus ingresos por potencia del mes para el cual se efectúa la valorización (...)"

Debemos tener en cuenta que estos mecanismos de compensación que rigen el mercado eléctrico -como el Procedimiento Técnico N° 10- tienen como objetivo fundamental salvaguardar el funcionamiento del mercado eléctrico.

De otro lado, CASAPALCA afirma que recién es integrante del COES a partir del 23 de mayo de 2012 y por tanto, las valorizaciones (revalorizaciones) efectuadas por el COES por los retiros de mayo 2006 a febrero de 2009 no le pueden ser imputadas; y, sostiene que ninguna de las normas que sirven de fundamento a la decisión adoptada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc faculta a éste a asignar a agentes no integrantes.

Al respecto, cabe mencionar que el inciso b) del artículo 43° de la LCE establece que están sujetos a regulación de precios los retiros de potencia y energía en el COES que efectúen los usuarios libres, los cuales serán determinados de acuerdo con lo que se establece en el artículo 14° de la Ley de Desarrollo Eficiente.

Cabe resaltar que este dispositivo no hace distinción entre integrantes o no del COES, sólo se refiere a clientes libres, calidad que tiene CASAPALCA y que nunca ha negado, calidad que le permite su conexión al SEIN.

El referido artículo 14° señala entre las funciones operativas del COES, la determinación y valorización de potencia y energía entre los agentes integrantes del COES.

Se entiende como agente, según el numeral 1) del artículo 1° de la Ley de Desarrollo Eficiente, a los generadores, transmisores, distribuidores y usuarios libres.

Por su parte, el artículo 3° del Reglamento del COES, establece textualmente que:

"El COES está compuesto por Integrantes Obligatorios e Integrantes Voluntarios. Los Integrantes Registrados son los Integrantes Obligatorios así como los Integrantes Voluntarios que hayan optado por registrarse en el COES.

(...)

3.4 Los nuevos Agentes o los existentes que se conectan al SEIN, pasan a ser Integrantes del COES conforme a lo establecido en el presente artículo".

De otro lado, el numeral 12.2 de la Ley de Desarrollo Eficiente establece que las decisiones del COES son de cumplimiento obligatorio por los agentes.

En este mismo sentido, se expresa también el numeral 6.1⁵³ del artículo 6° y el artículo 4°⁵⁴ del Reglamento del COES al señalar que sus resoluciones son de aplicación y cumplimiento obligatorio por todos los agentes del sistema.

⁵³ Reglamento del COES:

"Artículo 6°: Aplicación y modificación de Procedimientos

6.1. Los Procedimientos aprobados por OSINERGMIN son de aplicación y cumplimiento obligatorio para todos los Agentes.

(...)"

⁵⁴ Reglamento del COES:

"Artículo 4°: Autoridad

Las decisiones que emitan la Dirección Ejecutiva y el Directorio del COES en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen carácter obligatorio para todos los Agentes...."

937
Noventa
treinta y siete

Resolución del Tribunal de Solución de Controversias
OSINERGMIN
N° 006-2012-TSC/66-2012-OSINERGMIN

El artículo 101⁵⁵ de la LCE señala que es materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES, que como reiterativamente hemos manifestado, y dentro de éstas la de valorizar los retiros de energía y potencia del SEIN.

A su vez, el inciso c) del artículo 201° del Reglamento de la LCE, establece como incumplimiento para el usuario libre el "[n]o efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES". Son justamente las valorizaciones materia de litis comprendidas en este supuesto que permiten que los integrantes del COES, entre ellos los usuarios libres, procedan al pago por el retiro de potencia y energía.

De las normas indicadas se colige que no se requiere la inscripción formal de los operadores en el registro del COES, para ser considerado agente o integrante del COES, sino la condición fáctica de estar conectado al SEIN, que es lo que habida cuenta le permite en el caso de los usuarios libres, retirar energía y potencia, que de otro modo no lo podría hacer.

En tal sentido, los agentes, entiéndase generador, distribuidor, transmisor y usuario libre, están obligados a cumplir las decisiones del COES. Estas decisiones están sujetas a supervisión y son pasibles de sanción si se verifica su cumplimiento.

Por último, CASAPALCA rechaza la aseveración del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc sobre que teniendo en cuenta su mismo criterio, CASAPALCA reconoció el pago a un grupo de empresas generadoras integrantes del COES por las asignaciones de retiros de energía y potencia que éste efectuó en el período comprendido entre mayo de 2006 y febrero de 2009, mediante la suscripción de acuerdos privados; sosteniendo que pagó a estas generadoras por el referido concepto de acuerdo con criterios privados pertinentes acordados entre las partes.

Los acuerdos privados que haya suscrito CASAPALCA con otras generadoras a fin de honrar su deuda proveniente de la asignación y valorización efectuada por el COES sobre los retiros sin contrato realizados durante el período mayo 2006 a febrero 2009 no son están en discusión y por tanto, no es materia de competencia de este colegiado. Sin embargo, ello es una referencia que redundaría a favor de la decisión adoptada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc en tanto se evidencia que CASAPALCA reconoció la decisión del COES y procedió al pago de los otros generadores asignados.

Se ha verificado que la decisión del COES, en tanto facultado por ley para realizar las asignaciones y valorizaciones por retiro de energía y potencia del SEIN, se encuentra arreglada a ley. Por lo que corresponde a CASAPALCA realizar el pago correspondiente a los retiros de energía y potencia del SEIN durante el período mayo 2006 a febrero 2009 asignados por el COES a favor de ELECTROPERÚ.

Por lo expuesto, corresponde desestimar la impugnación de CASAPALCA y confirmar en este extremo la resolución impugnada.

3.4. Solicitud de suspensión de ejecución de resolución impugnada

Atendiendo al estado del proceso, carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto.

⁵⁵ LCE:

"Artículo 101°: Es materia de fiscalización por parte del OSINERG:

(...).

c) El cumplimiento de las funciones asignadas por Ley al COES.

..."

Sin perjuicio de lo manifestado, cabe señalar que el artículo 192° de la LPAG establece que los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

A su vez, el numeral 216.2 del artículo 216° de la misma norma establece que se podrá determinar la suspensión de la ejecución cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o se aprecie objetivamente un vicio de nulidad trascendente.

Del pedido de la apelante no se aprecia que se haya sustentado que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible reparación y asimismo, conforme con el análisis efectuado por el Tribunal, no se apreció objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, el Reglamento General de OSINERGMIN; aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, el Reglamento del OSINERGMIN para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 0826-2002-OS/CD y modificado por las Resoluciones Nos. 315-2005-OS-CD, 229-2006-OS/CD, 488-2007-OS/CD, 752-2007-OS/CD y 674-2008-OS-CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Denegar la solicitud de COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. sobre suspender el Procedimiento Administrativo de Solución de Controversias seguido por EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. contra COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., en atención a lo expuesto en el numeral 3.1. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por las razones expuestas en el numeral 3.2 de la parte considerativa de la presente resolución y confirmar en todos sus extremos la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 005-2012-OS/CC-66.

ARTÍCULO 3°.- Declarar infundado en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A., por las razones expuestas en el numeral 3.3 de la parte considerativa de la presente resolución y confirmar en todos sus extremos la Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 006-2012-OS/CC-66, declarando fundada la solicitud de EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. respecto del pago reclamado a COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. por S/. 4 571 296,50 sin IGV (S/. 5 439 842,84 incluyendo IGV), por sus retiros de potencia y energía activa sin respaldo contractual que el COES ha asignado a EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. - ELECTROPERÚ S.A. en las valorizaciones mensuales efectuadas por el COES por transferencias de potencia y energía activa entre generadores integrantes, correspondientes al período de mayo de 2006 a febrero de 2009.

ARTÍCULO 4°.- Disponer que COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A. debe cumplir con remitir información a la Secretaría General del Tribunal de Solución de

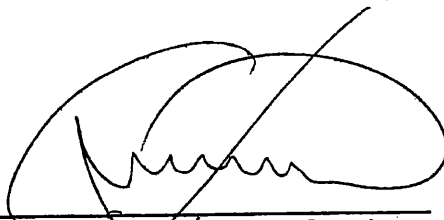
935
Asueciento
treintainos

Resolución del Tribunal de Solución de Controversias
OSINERGMIN
N° 006-2012-TSC/66-2012-OSINERGMIN

Controversias del correspondiente cumplimiento de lo ordenado por la presente resolución en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde la recepción de la presente resolución.

ARTÍCULO 5°.- Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución apelada.

ARTÍCULO 6°.- Dar por agotada la vía administrativa, informando a las partes que la presente Resolución únicamente puede ser impugnada ante el Poder Judicial, en la vía del proceso contencioso administrativo, en el plazo de tres (03) meses contados desde el conocimiento o notificación del acto materia de impugnación, lo que ocurra primero.



Anibal Eduardo Ismodes Cascón
Presidente



Roberto Carlos Shimabukuro Makikado
Miembro



Oswaldo García Bedoya
Miembro

EXPEDIENTE E- 2546

HABILITADO PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO,
MEDIANTE LA SUSTENTACIÓN DE UN INFORME
SOBRE UN EXPEDIENTE, CONFORME A LOS
ARTÍCULOS 89° AL 91° DEL REGLAMENTO DE LA
FACULTAD DE DERECHO.

ADMINISTRATIVO, ENERGÍA

